سلسلة دراسات 8

الصيغ التمويلية في البنوك التشاركية

دراسة فقهية تأصيلية



د. محمد جعواني

تقديم د. عبد العلي المسئول

مفاد
مركز فاطمة الفهرية للأبحاث والدراسات

MANAR AL ISLAM

الصيغ التمويلية في البنوك التشاركية
دراسة فقهية تأصيلية

تقديم

فضيلة الدكتورعبد العلي المسئول

أستاذ التعليم العالي بجامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس

د. محمد جعواني

عنوان الكتاب: الصيغ التمويلية في البنوك التشاركية، دراسة فقهية تأصيلية

المؤلف: د. محمد جعواني

الناشر: مركز فاطمة الفهرية للأبحاث والدراسات (مفاد)

الطبعة: الثانية

ردمك ISBN: 978-9920-9474-8-0

الإخراج الفني: www.islamanar.com

إهداء

إلى الوالدين الكريمين الذين سارا إلى عفو الله ورحمته.

تغمدهما الله في واسع رحمته وأسكنهما فسيح جناته

وكتب هذا الجهد في صحائف أعمالهما.

آمين.

تقديم فضيلة الدكتور عبد العلي المسئول - حفظه الله-:

بسم الله الرحمن الرحيم

إن المال هو أحد أعمدة الحياة. ونظرا لهذه الخصيصة فقد حاطه الشرع بسياج للمحافظة عليه، حيث جعل حفظ الأموال من كليات الشريعة الراجعة إلى حفظ الضروريات، ونظم كيفية اكتسابه وسبل إنفاقه بما يحقق مصلحة الفرد والناس في العاجل والآجل.

وقد شغلت المعاملات المالية حيزا كبيرا من مدونات الفقه والقانون، حيث تحدثوا فيها عن البيوع وفروعه، وأنواع الربويات، والشركات، والإجارة، والهبة، والوقف، والوصايا والحوالة، والضمان...ووجهت مجامع فقهية عنايتها لإماطة اللثام عن عدد من معضلات فقه المعاملات المالية، مستحضرة مبدأ التيسير على الناس ورفع الحرج عنهم الواقع أو المتوقع، ولو بالإغضاء عن اختلالات يسيرة في مقابل تحقيق مصالح راجحة، تجعل الأفراد والجماعات ممتثلين للأوامر الشرعية ومجتنبين للنواهي وقلوبهم مطمئنة لما اختار لهم الشرع الحكيم من معاملات.

وقد قام الأستاذ الدكتور محمد جعواني بخوض غمار البحث في المعاملات المالية، وبخاصة الشائكة منها، حيث وقع اختياره على موضوع "**الصيغ التمويلية في البنوك التشاركية: دراسة فقهية تأصيلية**"، واختيار المرء قطعة من عقله.

لقد أفرد فصلا تحدث فيه عن التجربة المغربية في التمويل الإسلامي، ومحّض الفصل الثاني للصيغ التمويلية المعتمدة في البنوك التشاركية: "المرابحة" و"الإجارة" و"المشاركة" و"المضاربة" و"السَّلَم" و"الاستصناع".

قارن بين النصوص القانونية التي أطَّرت عمل البنوك التشاركية، ونصوص الفقهاء التي تعالج تلك "المنتجات"، معتمدا على أقوال المذاهب الفقهية المشتهرة، والاجتهادات المعاصرة في مجال المالية الإسلامية والمصرفية الإسلامية للمجامع الفقهية، كما لم يفته الاطلاع على آراء علماء الاقتصاد، والاستفادة من نظرياتهم الاقتصادية،

حيث حاور كلَّ أولئك بعد تحليل نصوصهم بتوازن وتؤدة، مرجحا الرأي الأوفق المحقق للمصالح بأسلوب عربي مبين، وأفصح عن معايب البنوك التشاركية الحالية.

واعتمد طائفة من المصادر والمراجع المتنوعة زمانا وأفانين، فجاء عمله بحمد الله ساراً للناظرين.

أسأل الله تعالى أن ينفع بهذا المكتوب قراءه، ويجعله من الأعمال الباقية التي لا ينقطع خيرها، ومما يفرح به مؤلفه في الدنيا والآخرة. والحمد لله رب العالمين.

كتبه عبد العلي بن عبد الرحمن المسئول ضحى يوم الجمعة 28 صفر الخير 1442هـ/16 أكتوبر 2020.

مُقَدِّمَةٌ

الحمد لله رازق الخلق ذي القوة المتين، قدَّر الأقوات وأنزلها بقدَر وهو الخبير البصير. والصلاة والسلام الأتمان الأكملان على المبعوث بشريعة الطيبات من الرزق، وعلى آله وصحبه وإخوانه إلى يوم الدين. وبعد:

فإن «الله طيب لا يقبل إلا طيبا»، وإنه سبحانه أذن المرابين بحرب ماحقة إن لم ينتهوا ويرعووا. وإن من أعظم الذكر وأجل العبادة ذكر الله تعالى في المعاملة والحرص على اللقمة الحلال والكسب الطيب.

وقد ظهرت في سبعينيات القرن الماضي أولى محاولات «أسلمة» القطاع البنكي و«تحريره» من الربا المقيت. وبعد جهود مخلصة من أهل التخصص أصبحت المصرفية الإسلامية واقعا متجذرا في عالم الناس.

ومع توالي السنين شُدّت إليها الأنظار - خصوصا بعد الأزمة المالية العالمية الخانقة سنة 2008- واشرأبت إليها الأعناق لِما برهنت عنه من كفاءة واقتدار في ضمان استقرار معاملاتها والمحافظة على معدلات نمو معتبرة، في وقت انهارت فيه بنوك تقليدية عريقة وأفلست. (بنك «ليمان براذرز Lehman Brothers» في الولايات المتحدة الأمريكية نموذجا).

وقد بلغ إجمالي قيمة الأصول المالية الكلية للتمويل الإسلامي على مستوى العالم سنة 2019 حوالي 2.44 تريليون دولار، بمعدل نمو بلغ ٪ 11.4 ويتوقع أن يصل 3،2 تريليون دولار عام 2020.

وبلغ متوسط معدل النمو لآخر ثلاث سنوات نحو ٪ 9.7، كما بلغ المتوسط لآخر خمس سنوات نحو ٪6.1.

ويتوقع أن ترتفع الأصول المالية للتمويل الإسلامي لتبلغ 3.8 تريليونات دولار بحلول عام 2023، منها 2.44 تريليون دولار أصول للمصارف الإسلامية.

ويعتبر «التمويل» شريان الحياة الاقتصادية المعاصرة بمختلف شعبها ومجالاتها، إذ بغيابه يتوقف النشاط الاقتصادي ويختنق، ويُحرَم فاعلون كُثْر - وحدانا وزرافات - من فُرص العمل والاستثمار والإسهام في التنمية المجتمعية المنشودة.

والمال الذي استخلفنا الله سبحانه فيه له وظائفه وأدواره في الحياة، ولا يجوز -شرعا وعقلا- توظيفه في غير ما جُعِل له، والانحراف به عن مساره الذي رُسم وحُدِّد له. وفي هذا السياق يُفهَم النهي عن الاكتناز، والتبذير، والربا، والقمار، والسفه والرشوة،...وكل أشكال تعطيل المال عن مهمّته النبيلة.

وبخلاف التمويل الكلاسيكي الربوي الذي يعتمد صيغة واحدة ووحيدة تتمثل في الإقراض بالفائدة، فإن التمويل الإسلامي يتميز بصيغه المتعددة، والتي من شأنها تغطية مختلف الأنشطة الاقتصادية الزراعية والصناعية والتجارية...

وسأتناول في هذا السِّفر المختصر الصيغ التمويلية المعتمدة في البنوك التشاركية بالمغرب من خلال فصلين اثنين.

الفصل الأول: خصصته للحديث عن التجربة المغربية في التمويل الإسلامي، من خلال مبحثين اثنين:

الأول: تناولت فيه التجربة المغربية، سياق البدايات ومخاض التأسيس.

والمبحث الثاني: تناولت فيه مفهوم التمويل الإسلامي ووظيفته وصيغه.

ثم تطرقت في الفصل الثاني للصيغ التمويلية المعتمدة في البنوك التشاركية والتي نص عليها قانون مؤسسات الائتمان 103.12، فجاء في ستة مباحث.

وأفردت كل صيغة من الصيغ الست المنصوص عليها في القانون سالف الذكر بمبحث خاص.

والصيغ الست هي: صيغة «المرابحة»، وصيغة «الإجارة»، وصيغة «المشاركة»، وصيغة «المضاربة»، وصيغة «السَّلَم»، وصيغة «الاستصناع».

ثم ختمت بخاتمة ضمّنتها أهم الخلاصات والتوصيات.

واعتمدت في الدراسة على المنهج الوصفي المقارن، حيث قمت بالعرض والمقارنة بين النصوص القانونية التي أطَّرت عمل البنوك التشاركية، وبيّنَت «المواصفات التقنية المتعلقة بالمنتجات وكيفية تقديمها إلى العملاء»، و«النصوص» الفقهية التي تعالج تلك «المنتجات» شرحا وتعليلا وتأصيلا.

كما استدعيت المنهج التحليلي تفسيرا لتلك الصيغ التمويلية، وتقويما للآراء والأدلة الواردة فيها، واستنتاجا للرأي المرجح للعمل والتنزيل.

ولم أقتصر في الدراسة على المذهب المالكي - وهو الأساس والعمدة - وحده وإنما اعتمدت آراء المذاهب الفقهية الأخرى، والاجتهادات المعاصرة في مجال المالية الإسلامية والمصرفية الإسلامية، وتحديدا آراء المجامع الفقهية المعتبرة وعلى رأسها مجمع الفقه الإسلامي، والمعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (aaoifi).

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن موضوع البنوك التشاركية ومنتجاتها كتَب فيه غيرُ واحد إما إجمالا أو بشكل جزئي. والملاحظ على بعض تلك الدراسات أنها تأثرت بمرجعية أصحابها و«تخصصاتهم» العلمية، حيث طغت على بعضها نزعة قانونية صرفة، بينما تحكَّم في أخرى نزعة فقهية محضة.

والأوفق في موضوعنا أن تكون المقاربة «ثلاثية الأبعاد» لطبيعته المركبة بين الفقه والقانون والاقتصاد، وذاك ما رُمتُه في هذا السِّفر المختصر.

واللهَ أسأل أن يرزقنا السداد والتوفيق، ويلهمنا الرشد والقصد، ويجعل عملنا خالصا لوجهه الكريم، فهو سبحانه الموفق والهادي إلى سواء السبيل.

وكتبه الفقير إلى عفو ربه، الراجي رحمته وكرمه، أبو إحسان محمد بن لخضر جعواني، صبيحة الثلاثاء 20 خلت من ذي الحجة 1441هـ الموافق لـ 11 غشت 2020.

الفصل الأول

التجربة المغربية في التمويل الإسلامي

وفيه مبحثان:

المبحث الأول:

التجربة المغربية: سياق البدايات ومخاض التأسيس

المبحث الثاني:

التمويل الإسلامي: مفهومه، وظيفته، صيغه

المبحث الأول: التجربة المغربية، سياق البدايات ومخاض التأسيس

المطلب الأول: البنوك التشاركية في المغرب، السياق والرهانات

يعد المغرب من البلدان التي تأخرت كثيرا في اعتماد المالية الإسلامية عموما والمصرفية الإسلامية على وجه الخصوص، على الرغم من توفر البلد على كل الإمكانات المالية والبشرية التي من شأنها أن تسهم في إنجاح التجربة. ولعل ذلك يعود لعوامل متداخلة، منها:

- **السياسي:** المرتبط بخصوم «المشروع الإسلامي» وأعدائه الحريصين على عدم التمكين لـ» أسلمة القطاع المصرفي» خوفا من المطالبة بـ «أسلمة الاقتصاد» وصولا لـ «أسلمة باقي مجالات الحياة».

- **الاقتصادي:** المرتبط بالريع المتحكم في القطاع البنكي بالمغرب (لوبيات المال) والذي لا يريد المغامرة والمخاطرة بمصالحه وبوضعه «المريح».

- **القانوني:** المتعلق بطبيعة «القانون الوضعي» السائد في البلد، والذي لا يمانع من التعامل بالربا في القطاع البنكي.

- **الثقافي:** المرتبط بإبعاد وتهميش الاقتصاد الإسلامي ومباحثه من المنظومة التربوية التعليمية ومشاريع البحث العلمي، ومن النقاش المجتمعي في وسائل الإعلام العمومية المختلفة.

ورُبّ ضارّة نافعة، فلعل تأخر التجربة في التربة المغربية يتيح الاستفادة من تجارب الآخرين، فتكون الانطلاقة من آخر ما انتهوا إليه تنظيرا وممارسة.

وعلى الرغم من تأخر «الممارسة»، فإن «الوعي» بأهمية المصرفية الإسلامية كان متجذرا وراسخا، سواء على مستوى «النخبة» أو «العامة»، حيث شكلت مطلبا لشرائح واسعة من المجتمع المغربي الحريص على «الطيب الحلال»، ولبعض الهيئات المدنية والنخب الأكاديمية والسياسية.

وكانت البداية من الحقل الجامعي الأكاديمي، من خلال «مطارحات» ونقاشات واقتراحات علمية من بعض الأساتذة المتخصصين في الاقتصاد والفقه المالي، لتنتقل

تدريجيا إلى المجتمع من خلال محاضرات وندوات احتضنتها فضاءات عامة ليتمخض «الحراك» فَيَلد «الجمعية المغربية للدراسات والبحوث في الاقتصاد الإسلامي» سنة 1987 لتشكل إطارا بحثيا ورافعة فكرية في مجال المصرفية الإسلامية.

وبعد أزيد من عقدين من المطالبة والتعبئة وافق المشرع المغربي على اعتماد «المالية التشاركية» في سياق محلي ودولي يمكن رصد أهم سماته في ما يلي:

على الصعيد الدولي:

شهد العالم سنة 2008 أزمة مالية خانقة انطلقت من أزمة الرهن العقاري بالولايات المتحدة الأمريكية وانتقلت تداعياتها إلى باقي دول العالم، مما تسبب في انهيار اقتصاديات بلدان كثيرة في منطقة اليورو كاليونان، وإسبانيا، وإيطاليا... وإعلان إفلاس بنوك عريقة ومؤسسات مالية عملاقة كبنك «ليمان برادرز» في الولايات المتحدة الأمريكية...

وفي عزّ الأزمة المالية اتجهت الأنظار - على اختلاف مرجعياتها الفكرية والثقافية - نحو المالية الإسلامية عموما والمصرفية الإسلامية خصوصا، نظرا لما أبانت عنه من قدرة وكفاءة عاليتين على ضمان استقرار معاملاتها والحفاظ على معدلات نمو معتبرة، وممانعة تداعيات الأزمة والخروج منها بأقل الخسائر الممكنة.

وفي هذا السياق نسجل مبادرة بعض الدول الغربية إلى اعتماد بعض الصيغ التمويلية الإسلامية كالمرابحة والصكوك...وإدراجها في قوانينها، ومن تلك الدول فرنسا، وبريطانيا، وسويسرا... ومسارعة المشرع المغربي الخطى لإطلاق تجربة «البنوك التشاركية» بعد تجربة «المنتجات البديلة».

على الصعيد المحلي:

- محاولة المشرع المغربي تلبية رغبات فئات واسعة من المواطنين.

فقد كشفت دراسة لمؤسسة الاستشارات المتخصصة في التمويلات الإسلامية المعروفة اختصارا ب»إيفاس» أجريت نهاية سنة 2014 أن 97% من المغاربة مهتمون بالخدمات المالية الإسلامية، وأن31 % ينوون الانتقال من النظام البنكي التقليدي إلى التمويل الإسلامي إن وُجِد.

- العمل على رفع نسبة التعامل مع القطاع البنكي (البنكنة أو الاستبناك).

فحسب الدراسة السابقة لـ «إيفاس» فإن 9% من المغاربة لا يفتحون حسابات بنكية لاعتبارات دينية. وكشف وزير المالية والاقتصاد محمد بوسعيد أن 57 % من المغاربة فقط يتعاملون مع البنوك، ما يعني أن 43 % منهم عازفون عن الخدمات البنكية التقليدية.

- العمل على جلب المدّخرات المحلية المعطلة المقدرة بـ 30 مليار درهم، والتي تمثل 6 %من الناتج الداخلي الخام.

- محاولة جلب أموال الجالية (مغاربة العالم) المودعة في البنوك الأجنبية غير الربوية المقدرة بـ 38 مليار درهم[1].

- تشجيع رؤوس الأموال الخليجية على دخول السوق المغربية، سواء منها المستثمرة في المؤسسات الكبرى كبنك فيصل الإسلامي وبنك قطر الإسلامي ومجموعة البركة البحرينية، أو المجمدة التي تبحث عن أسواق آمنة والمقدرة بـ 400 مليار دولار[2] نظرا لما كانت تشهده بعض الدول العربية من اضطرابات مما سمي بـ»الربيع العربي».

المطلب الثاني: التجربة المغربية، من «المنتجات البديلة» إلى «البنوك التشاركية»

أولا - المنتجات البنكية البديلة:

أصدر والي بنك المغرب توصية متعلقة بالمنتجات البنكية البديلة بتاريخ فاتح شتنبر 2007 ودخلت حيز التنفيذ في فاتح أكتوبر من نفس السنة، مما فتح المجال للبنوك المغربية لتسويق هذه المنتجات البديلة إلى جانب منتجاتها.

ثم رخّص لأول مؤسسة متخصصة في التمويلات البديلة تحمل اسم «دار الصفاء» تابعة لمجموعة « التجاري وفا بنك» بتاريخ 13 ماي 2010.

1- حسب تصريح مدير مكتب الصرف سنة 2011.

2- حوار للدكتور عمر الكتاني بجريدة الصباح بتاريخ 2012/09/11

وقد اقتصرت دورية بنك المغرب رقم 33/ و/2007 على اعتماد ثلاثة منتجات فقط. وأوضحت مذكرة لـ«بنك المغرب»: أن إعداد عقود المنتجات البنكية البديلة قد تمَّ بناء على القواعد التي وضعتها «هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية(AAOIFI)»[1].

وتمثلت المنتجات البنكية البديلة الثلاثة في ما يلي:

أ- منتوج «الإجارة»، والذي عملت الدورية على تنظيمه في أربع مواد من المادة1 إلى المادة 4.

وعرفت المادة 1 الإجارة وجاء فيها «: يقصد بالإجارة كل عقد تضع بموجبه مؤسسة للائتمان عن طريق الإيجار منقولات أو عقارات معلومة ومحددة، ومملوكة لها تحت تصرف أحد العملاء لاستعمال مسموح به قانونا».

ثم بينت المادة 2 نوعي الإجارة المتمثلين في «**إجارة تشغيلية**» عندما يتعلق الأمر بإيجار بسيط، و«**إجارة و اقتناء**» عندما تكون الإجارة مصحوبة بالتزام قاطع بالشراء من طرف المستأجر.

وبينت المادة 3 الأموال التي لا يجوز تأجيرها، وهي الأموال المعنوية (كبراءات الاختراع، وحقوق التأليف...)، والموارد الطبيعية (كالمعادن، والنفط، والغاز...).

ونصت المادة 4 على وجوب تحديد واجبات وحقوق كلا الطرفين، وكذا الشروط العامة المنظمة لعلاقاتهما (نوع الإجارة، نوع المستأجَر والهدف منه، التزام المستأجر بشراء المنقول أو العقار المستأجَر بعد انقضاء مدة الإيجار، قيمة الإيجار، وكيفيات الأداء، وتواريخ الاستحقاق، مدة الإيجار، مصاريف الإصلاح والصيانة، مصاريف التأمين، حالات فسخ العقد وشروط تجديده».

ب- منتوج «المشاركة»، وقد نظمت دورية بنك المغرب المشاركة في أربع مواد من المادة 5 إلى المادة 8 وجعلت لها صيغتين هما «المشاركة الثابتة» و«المشاركة المتناقصة».

1- تأسست عام 1991م ومقرها الرئيس بمملكة البحرين، وهي هيئة دولية غير ربحية متخصصة في إصدار معايير المحاسبة، والمراجعة، والأخلاقيات، ومعايير التدقيق، والمعايير الشرعية للصناعة المصرفية والمالية الإسلامية. للمزيد ينظر الموقع الرسمي للهيئة http://aaoifi.com/

وهذا المنتوج لم يعمل به على أرض الواقع نظرا لصعوبات تسويقه من داخل منظومة البنوك التقليدية، وقد قُصِد به السماح للبنوك المغربية في الدخول في مشاركات مع البنوك الإسلامية أو المؤسسات الخليجية المستثمرة بالمغرب لتيسير مواصلة استثماراتها وتجنيبها المعاملات الربوية.

ج- منتوج «المرابحة»، الذي عملت الدورية على تنظيمه في خمس مواد من المادة 9 إلى 13، وحددت المقتضيات الواجب تحديدها في عقد المرابحة والإجراءات التي يمر منها إبرام هذا العقد، وكذا الشروط العامة التي تنظم العلاقات التي تنتج عنه.

ملاحظات على تجربة «المنتجات البديلة»:

✓ ضعف الإطار القانوني المنظم للمنتجات البديلة، حيث اقتصر الأمر على «**توصية**» لوالي بنك المغرب، بدل قانون واضح مفصل، يراعي حساسية المجال وخصوصية المعاملات. يضاف إلى ذلك قلة الأطر والكفاءات المؤهلة والجامعة بين التكوين الشرعي والقانوني والاقتصادي.

✓ غياب الرقابة الشرعية اللازمة، التي من شأنها ضمان سلامة المعاملات البنكية وخلوها من المحاذير الشرعية إجمالا وتفصيلا، سواء تعلق الأمر بالرقابة الداخلية في كل مؤسسة مالية، أو بالرقابة العامة التي تتكفل بها «الهيئات العلمية الرسمية» في البلاد، وفي هذا السياق يسجل إحجام المجلس العلمي الأعلى عن بيان رأيه في تلك المنتجات البديلة منعا أو تجويزا.

✓ تسويق المنتجات البديلة والدعاية لها بشكل محتشم ومغرض أحيانا، حيث مُنع نَعتُ المنتجات بصفة «الإسلامية»، وقُدِّمت مقارنة مغلوطة للزبناء تقصد بيان وتأكيد أفضلية المنتوجات التقليدية.

✓ ارتفاع التكلفة الجبائية للمنتجات البنكية البديلة، مما أسهم في غلائها مقارنة بالمنتجات الربوية.

وهذا جدول يبين غلاء المنتوجات البديلة مقارنة بالمنتجات الربوية في تجربة المنتجات البديلة:

استنادا على المعطيات الرسمية الصادرة عن مؤسسة «التجاري وفا بنك» في مذكرة رقم 07/172 بتاريخ 9 أكتوبر 2007: فإن تكلفة القرض السكني بفائدة وتكلفة تمويل السكن عبر المنتجات البديلة، علما أن مدة التمويل هي 20 سنة أي 240 شهرا، هي كالتالي:

ثمن السكن المول	قيمة القسط الشهري		
	القرض السكني بفائدة	مفتاح الخير مرابحة	مفتاح الفتح إجارة و اقتناء
100 ألف درهم	779درهم	860درهم	922درهم
300 ألف درهم	2337درهم	2581درهم	2766درهم
500 ألف درهم	3895درهم	4302درهم	4610درهم

ثانيا- البنوك التشاركية: المفهوم والصيغ المعتمدة

أ- مفهوم البنوك التشاركية:

بعد خمس سنوات من دورية «المنتجات البنكية البديلة» صدر قانون رقم 103.12 يتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها.[1]

وعرَّف القانون مؤسسات الائتمان في المادة الأولى من الباب الأول بقوله:

« تعتبر مؤسسات للائتمان الأشخاص الاعتبارية التي تزاول نشاطها في المغرب، أيا كان موقع مقرها الاجتماعي أو جنسية المشاركين في رأسمالها أو مخصصاتها أو جنسية مسيريها، والتي تزاول بصفة اعتيادية نشاطا واحدا أو أكثر من الأنشطة التالية:

- تلقي الأموال من الجمهور.
- عمليات الائتمان.
- وضع جميع وسائل الأداء رهن تصرف العملاء أو القيام بتدبيرها.

1- انظر: الجريدة الرسمية ص 462، عدد 6328 بتاريخ 22 يناير 2015.

ثم بين في المادة 10 أن مؤسسات الائتمان صنفان: البنوك وشركات التمويل.

وأضاف في المادة 11:» تعتبر هيئات معتبرة في حكم مؤسسات الائتمان، في مدلول هذا القانون، مؤسسات الأداء وجمعيات السلفات الصغيرة والبنوك الحرة والشركات المالية وصندوق الإيداع والتدبير وصندوق الضمان المركزي.

وفي المادة 54 عرّف البنوك التشاركية بقوله:» تعتبر بنوكا تشاركية الأشخاص الاعتبارية الخاضعة لأحكام هذا القسم والمؤهلة لمزاولة الأنشطة المشار إليها في المادة الأولى والمادتين 55 و58 من هذا القانون وكذا العمليات التجارية والمالية والاستثمارية بصفة اعتيادية، بعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى وفقا لمقتضيات المادة 62 أدناه.

يجب ألا تؤدي هذه الأنشطة والعمليات المشار إليها أعلاه إلى تحصيل أو دفع فائدة أو هما معا».

ب- الصيغ المعتمدة البنوك التشاركية:

بعد تعريف البنك التشاركي وبيان طبيعة الأنشطة المسموح له بمزاولتها، عرّف القانون سالف الذكر باقتضاب بأهم صيغ تمويل البنوك التشاركية لعملائها والمتمثلة أساسا في المرابحة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم والاستصناع.

جاء في المادة 58: «يمكن للبنوك التشاركية أن تمول العملاء بواسطة المنتوجات التالية على الخصوص:

- **المرابحة:** كل عقد يبيع بموجبه بنك تشاركي، منقولا أو عقارا محددا وفي ملكيته لعميله بتكلفة اقتنائه مضاف إليها هامش ربح متفق عليهما مسبقا.

يتم الأداء من طرف العميل لهذه العملية تبعا للكيفيات المتفق عليها بين الطرفين.

- **الإجارة:** كل عقد يضع بموجبه بنك تشاركي عن طريق الإيجار منقولا أو عقارا محددا وفي ملكية هذا البنك تحت تصرف عميل قصد استعمال مسموح به قانونا.

تكتسي الإجارة أحد الشكلين التاليين:

- إجارة تشغيلية عندما يتعلق الأمر بإيجار بسيط.

- إجارة منتهية بالتمليك عندما تنتهي الإجارة بتحويل ملكية المنقول أو العقار المستأجَر للعميل تبعا للكيفيات المتفق عليها بين الطرفين.

• **المشاركة:** كل عقد يكون الغرض منه مشاركة بنك تشاركي في مشروع قصد تحقيق ربح. يشارك الأطراف في تحمل الخسائر في حدود مساهمتهم وفي الأرباح حسب نسب محددة مسبقا بينهم. تكتسي المشاركة أحد الشكلين التاليين:

المشاركة الثابتة: يبقى الأطراف شركاء إلى حين انقضاء العقد الرابط بينهم.

المشاركة المتناقصة: ينسحب البنك تدريجيا من المشروع وفق بنود العقد.

• **المضاربة:** كل عقد يربط بين بنك أو عدة بنوك تشاركية (رب المال) تقدم بموجبه رأس المال نقدا أو عينا أو هما معا، ومقاول أو عدة مقاولين (مضارب) يقدمون عملهم قصد إنجاز مشروع معين. ويتحمل المقاول أو المقاولون المسؤولية الكاملة في تدبير المشروع. يتم اقتسام الأرباح المحققة باتفاق بين الأطراف ويتحمل رب المال وحده الخسائر إلا في حالات الإهمال أو سوء التدبير أو الغش أو مخالفة شروط العقد من طرف المضارب.

• **السَّلم:** كل عقد بمقتضاه يعجل أحد المتعاقدين، البنك التشاركي أو العميل، مبلغا محددا للمتعاقد الآخر الذي يلتزم من جانبه بتسليم مقدار معين من بضاعة مضبوطة بصفات محددة في أجل.

• **الاستصناع:** كل عقد يشترى به شيء مما يصنع يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين، البنك التشاركي أو العميل، بتسليم مصنوع بمواد من عنده، بأوصاف معينة يتفق عليها وبثمن محدد يدفع من طرف المستصنع، حسب الكيفية المتفق عليها بين الطرفين.

ثم نص القانون على أن المواصفات التقنية لهذه المنتوجات وكيفيات تقديمها إلى العملاء تحدد بمنشور يصدره والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات

الائتمان وبعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى وفقا لمقتضيات في المادة 62 أدناه.[1]

وأنه يجوز للبنوك التشاركية أن تمول عملاءها بواسطة أي منتوج آخر لا يتعارض مع الشروط الواردة في المادة 54 أعلاه، والذي تحدد مواصفاته التقنية وكذا كيفيات تقديمه إلى العملاء بمنشور يصدره والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان وبعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى وفقا لمقتضيات في المادة 62 أدناه.

ج- البنوك التشاركية المرخص لها:

أصدر بنك المغرب بلاغا بتاريخ 2017/01/02 أعلن فيه عن البنوك التشاركية المرخص لها بالعمل، وتمثلت في خمسة بنوك وثلاث نوافذ، وهي كالتالي:

1- بنك الصفا bank assafa:

انبثق عن بنك «التجاري وفا بنك». وهو المؤسسة التي رُخِّص لها سنة 2010 لمزاولة المالية التشاركية في التجربة الأولى للمنتجات البديلة.

2- أمنية بنك umnia bank:

مؤسسة تابعة لمجموعة القرض العقاري والسياحي بشراكة مع صندوق الإيداع والتدبير وبنك قطر الدولي الإسلامي.

3- بنك التمويل والإنماء BTI BANK:

مؤسسة تابعة للبنك المغربي للتجارة الخارجية BMCE بشراكة مع المجموعة السعودية البحرينية "دلة البركة".

1- وقد صدر في يناير 2017 منشور والي المغرب رقم 1/و/17 المتعلق بالمواصفات التقنية لمنتجات المرابحة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم وكيفيات تقديمها للعملاء، ونشر بالجريدة الرسمية عدد 6548 بتاريخ 03 جمادى الآخرة (02 مارس 2017).
انظر تفاصيل المنشور في الفصل الثاني من الكتاب.

4- بنك اليسر alyousr:

مؤسسة تابعة للبنك الشعبي المركزي بشراكة مع المجموعة السعودية "غايدنس" **Guidance Financial Group** (شركة متخصصة في التمويل العقاري)

5- بنك الأخضر Al Akhdar BANK:

مؤسسة تابعة للقرض الفلاحي بشراكة مع المؤسسة الإسلامية لتمويل القطاع الخاص التابعة لـ"البنك الإسلامي للتنمية".

أما النوافذ[1] المرخص لها فهي:

البنك	نافذته
البنك المغربي للتجارة والصناعة	النجمة بنك Najmah
مصرف المغرب	الرضى بنك ARREDA BANK
الشركة العامة	دار الأمان بنك Dar Al Amane
صندوق الضمان المركزي	سند للتمويلSANAD TAMWIL

د- أرقام معبرة عن و اقع البنوك التشاركية في المغرب[2]:

- **133** وكالة بنكية، تشغل **519** موظفا.
- **87772** حساب.
- مجموع الودائع **مليارين و500** مليون درهم.
- إجمالي الودائع الاستثمارية **353** مليون درهم.
- مجموع التمويلات **6055** مليون درهم.

وبمقارنة هذه الأرقام مع واقع البنوك التقليدية نخلص إلى أن المالية التشاركية لا تمثل إلا نسبة ضئيلة جدا لا تصل إلى **2%** من المالية التقليدية في أحسن الأحوال.

1- تعتبر «النافذة» جزءً من البنك التقليدي الذي تتبع له، لكنها تعنى فقط بتقديم منتجات المالية التشاركية. النافذة الرابعة «سند للتمويل» رخص لها سنة 2019.

2- تصريحات بدر الدين نبيل، نائب مديرية الإشراف البنكي بمجلس المستشارين بتاريخ 5 فبراير 2020.

وتفسير هذا «**الإحجام**» عن التعامل بمنتجات المالية التشاركية يعود لأسباب مختلفة، منها:

- «**الغلاء وارتفاع التكلفة**»: فالعروض التي تقدمها لا تشجع على الانخراط فيها، إذ هي في أحسن الأحوال تماثل ما تقدمه البنوك التقليدية. ولعل سبب «الغلاء» يعود لضعف «المنافسة» في مجال المالية التشاركية، وإحجام المشرع عن تمتيعها بـ«امتيازات» تراعي جِدّتها وإكراهات البدايات.

- **ضعف الدعاية والتوعية اللازمتين بحقيقتها وطبيعة معاملاتها:**

فكثير من «المنتظرين» كانوا يتصورونها مؤسسات **للقرض الحسن** فخابت انتظاراتهم منها، واعتبرها آخرون ذرًّا للرّماد في العيون وحيلة من الحيل للاستحواذ على أموالهم وشكّكوا في «**إسلاميتها**» و«**شرعية**» معاملاتها.

- **غياب «التربة» و«المناخ» الطبيعيين:**

فـ«أسلمة» جزء من القطاع المصرفي وإخضاعه لأحكام الشريعة في ظل منظومة تشريعية واقتصادية وسياسية...تشتغل وفق منطق ورؤية مخالفة - بل معارضة أحيانا - لما تقتضيه «الأسلمة» تُعَدّ محاولة استنبات «نبتة» في غير «تربتها» الطبيعية، لذلك تحتاج رعاية خاصة ومجهودا مضاعفا وحنكة وبصيرة.

ويبقى الطريق الأقوم هو العَود الأحمد لإنزال الشريعة مواقعها في عالم الناس.

المبحث الثاني: التمويل الإسلامي: مفهومه، وظيفته، صيغه

قبل الحديث عن التمويل الإسلامي ارتأيت أن أبسط القول في "المال" بيانا لمفهومه ومشمولاته وأقسامه، لتعلق تلك المباحث بكثير من المسائل التي سندرسها في الصيغ التمويلية المعتمدة في البنوك التشاركية.

المطلب الأول: مفهوم المال وأقسامه

أولا: مفهوم المال:

المال في اللغة: ما يملك من الذهب والفضة، ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان. وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل، لأنها كانت أكثر أموالهم. وسمي المال مالا، لأنه يميل الناس إليه بالقلوب.[1]

وأما في اصطلاح الفقهاء فقد اختلفوا في تحديد معناه على رأيين:

الأول: رأي جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة)[2]

فالمال عند فقهائنا المالكية: « كل ما مُلك شرعا ولو قلَّ».[3]

وضابط القلة عندهم: ما يشِحّ به صاحبه ويطلبه.

وحدّه أنه: ما فوق التافه - وهو ما دون الدرهم الشرعي- ودون القليل، أي: ما له بال، وهو الدينار.[4]

1- انظر: أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة مادة(مول)، تحقيق عبد السلام هارون. دار الفكر- بيروت، سنة 1399هـ النهاية في غريب الحديث لابن الأثير 3/ 373.
2- انظر: الزركشي أبو عبد الله، المنثور في القواعد 222/3، تحقيق تيسير فائق محمود، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، ط2، 1405هـ، ابن النجار، منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح والزيادات339/1، تحقيق عبد الغني عبد الخالق، دار العروبة - القاهرة.
3- انظر: أحمد النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني 281/2 مطبعة دار الفكر - بيروت، سنة 1415هـ.
4- محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 120/4 دار الفكر، بيروت.

وعرفه ابن العربي بقوله:» ما تمتد إليه الأطماع ويصلح عادة وشرعا للانتفاع به».[1]

ومن خلال تعاريف الجمهور تتحدد عناصر المالية في ما يلي:

- أن يكون مما يباح الانتفاع به عادة وشرعا.

- أن تكون له قيمة مادية بين الناس.

الثاني: رأي فقهاء الحنفية:

فالمال عندهم: « كل ما يمكن حيازته وإحرازه، وينتفع به عادة».[2]

أو هو: «ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة».[3]

ويتلخص من تعاريف الأحناف أن عناصر المالية عندهم ما يلي:

- أن يكون منتفعا به عرفا وعادة، ويميل الطبع إليه.

- أن يكون محرزا وقابلا للادخار، فالمنافع لا تعتبر أموالا عندهم.

- أن يكون له قيمة بين الناس، فما لا قيمة له لحقارته أو قلته لا يعتبر مالا.

ملاحظات على تعاريف الحنفية:

- ✓ عدم اعتبار «المنافع» و«الحقوق»[4] من الأموال.
- ✓ عدم شمول التعاريف لأصناف يعدونها أموالا، ومنها:

1- أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن 607/2، دار إحياء الكتب العربية – مصر، 1376هـ، وانظر: الشاطبي إبراهيم بن موسى، الموافقات 17/2، تحقيق عبد الله دراز، طبعة دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى سنة 1411هـ

2- ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار 3/4، دار الفكر - بيروت ط2 1386هـ، وانظر: السرخسي، المبسوط 79/7، دار المعرفة، بيروت. التفتازاني سعد الدين التلويح على التوضيح 171/1، دار الكتب العلمية.

3- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق 277/5، دار المعرفة – بيروت.

4- الحق هو اختصاص يؤهل صاحبه لممارسة سلطة معينة أو تكليف بشيء. و قد يكون متعلقا بالمال كحق الملكية ونحوه، أو غير متعلق بالمال كحق الحضانة مثلا. والمنفعة هي الفائدة العرضية التي تستفاد من الأعيان عن طريق الاستعمال. انظر: شرح حدود ابن عرفة 521/2

- الأشياء التي لا يميل إليها طبع الإنسان بل ينفر منها، كالأدوية مثلا، وهي أموال لا شك في ذلك، بل أصبحت في عصرنا باهضة الثمن.

- الأموال التي لا تقبل الادخار كالخضراوات، والفواكه الطرية، وهي أموال معتبرة خصوصا في زماننا.[1]

✓ اعتبار المباحات الطبيعية أموالا في ذاتها قبل إحرازها.

وهذا ما لا يتحقق معه شرط الادخار لوقت الحاجة، لعدم القدرة على ذلك المباح بالإحراز كالصيد بأنواعه.[2]

ودفعا لتلك الملاحظات، أضاف بعض الحنفية المعاصرين إضافات تكميلية إلى تعريف المال، ومن ذلك تعريف ذ. علي الخفيف للمال بقوله:" كل ما يمكن حيازته وإحرازه، والانتفاع به في العادة" ثم شرح تعريفه بقوله: "سواء كان محرزا ومنتفعا به، كجميع الأشياء التي تملكها من أرض، أو متاع، وحيوان ونقود. أم غير محرز ولا منتفع به، ولكن من الممكن أن يتحقق فيه ذلك كجميع المباح من الأعيان، مثل السمك في البحر، والطير في الجو، والصيد في الفلوات، والشجر في الغابات، إذ من الممكن أن يحاز كل ذلك، وينتفع به".[3]

وتعريف ذ.مصطفى الزرقاء بأنه:" كل عين ذات قيمة مادية بين الناس".

ثم ذكر محترزات تعريفه بقوله:

فبالعين خرجت المنافع، والحقوق المحضة، مما عدّوه ملكا لا مالا. وبالقيمة المادية خرجت الأعيان التي لا قيمة لها بين الناس كحبة القمح، والجيفة.."[4]

1- وهذا إذا لم نأخذ في الاعتبار وسائل الحفظ العصرية.

2- انظر: محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ص51- 52، دار الفكر العربي. مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام (المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي) 132/3، مطبعة الحياة - دمشق. طبع سنة 1383هـ

3- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية ص25، مطبعة دار الفكر العربي- بيروت.

4- انظر: المدخل الفقهي العام 136/3

فالجمهور والحنفية اتفقوا على اعتبار الأشياء المادية التي يمكن إحرازها والانتفاع بها أموالا، واختلفوا في مالية الأمور المعنوية كالحقوق والمنافع.

فالجمهور يرونها أموالا، لمنفعتها وإمكان حيازتها بأصلها. ولأن المنافع هي المقصودة من الأعيان، ولولاها لما صارت الأعيان أموالا.[1]

وأما الحنفية فإنهم لم يرَوها من الأموال لتعذر إحرازها وحيازتها. لكنهم يعدونها أموالا عند المعاوضة، وذلك على سبيل الاستحسان لا القياس.[2]

ولا يخفى ما في القول بعدم اعتبار المنافع أموالا، أو عدّها أموالا غير متقومة لا تضمن بالإتلاف من إهدار للحقوق وضياع للمصالح، وتسليط للظلمة على أموال الناس، ولذلك انتقد هذا الرأي من داخل المذهب نفسه.[3]

ويترتب على الاختلاف في مالية المنافع بعض الاختلافات الفقهية.

ومن ذلك مثلا مسألة الضمان عند غصب أو إتلاف المنفعة، فالجمهور يقولون بالضمان في حين لا ضمان عند الأحناف.[4]

جاء في الجواهر الثمينة لابن شاس: « والصحيح أن المنافع مال، وأنها تضمن سواء تلفت تحت اليد العادية، أو أتلفها المتعدي».[5]

وقال الكاساني: «المنافع في الأصل لا قيمة لها على أصول أصحابنا، والأصل فيها ألا تكون مضمونة، ولهذا قالوا إنها لا تضمن بالغصب والإتلاف».[6]

1- انظر في مالية الحقوق: عبد السلام العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة 180/1 مطبعة الأقصى- عمان، الطبعة الأولى سنة 1394هـ

2- انظر: المبسوط للسرخسي 79/11، دار المعرفة – بيروت، 1406هـ

3- انظر: المجلة العدلية، المواد 596- 599، حاشية ابن عابدين 206/6

4- على أصل مذهبهم، وإلا فهناك من يقول بالضمان من الحنفية. انظر: مجلة الأحكام العدلية المواد 596- 599 فقد نصت هذه المواد على ضمان المغصوب في مال الوقف، ومال اليتيم والمال المعد للاستغلال. وانظر أيضا: حاشية ابن عابدين 206/6

5- ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة 744/3- 745، تحقيق: أبو الأجفان وآخرون، دار الغرب الإسلامي، ط1سنة 1415هـ

6- أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع 12/5، دار الكتاب العربي- بيروت، الطبعة الثانية سنة 1402هـ / 1982م. وانظر: كشف الأسرار 253/1

وكذلك الحقوق المحضة كحق الشفعة، وحق خيار الشرط، ونحو ذلك، لا تورث عند الحنفية لأنها ليست أموالا، وتورث عند الجمهور لماليتها.[1]

وتخريجا على رأي الجمهور في القول بمالية المنافع، اعتبرت الحقوق المعنوية كالحقوق الذهنية، وحقوق الابتكار، ونحوها أموالا كذلك.[2]

ثانيا: أقسام المال:

للفقهاء تقسيمات دقيقة للمال بناءً على اعتبارات مختلفة، من أهمها:[3]

باعتبار إباحة الانتفاع به وعدم الإباحة[4]ينقسم إلى:

أ- المال المتقوم: ما كان له قيمة بين الناس، وهذه القيمة ناتجة عن تضمن الشيء منفعة مباحة شرعا.

ب- المال غير المتقوم: ما ليس له قيمة، إما لأنه لا منفعة فيه أصلا، أو فيه منفعة ولكنها غير معتبرة شرعا.[5] قال العلامة الرصاع - رحمه الله -:» إن المعتبر في التقويم إنما هو مراعاة المنفعة التي أذن الشارع فيها، وما لا يؤذن فيه فلا عبرة به، فلا تعتبر قيمته، لأن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا».[6]

1- انظر: حاشية ابن عابدين 503/5

2- انظر في مالية الحقوق المعنوية: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني 6/8 مطبعة النهضة العربية القاهرة، 1965م. الملكية في الشريعة الإسلامية لعبد السلام العبادي 180/1

3- انظر في هذه التقسيمات: أحمد إبراهيم، المعاملات الشرعية المالية ص 12-35. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته 4/43-58، دار الفكر - دمشق، 1417هـ/ 1996م. حميش والشواط، فقه العقود المالية ص15-18. رفيق المصري، فقه المعاملات المالية ص40- 48.نزيه حماد، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، ط1، 2001م، دار القلم-دمشق. نصر فريد محمد، فقه المعاملات المدنية والتجارية في الشريعة الإسلامية ص 50- 54، المكتبة التوفيقية، ط5، 1418هـ / 1998م

4- التقوم وعدمه عند القانونيين ينبني على جواز التعامل أو عدمه قانونا لا شرعا.

5- هذا عند الجمهور، أما الأحناف فيعتبرون المتقوم ماله بدل في العقود، وغير المتقوم ما ليس له بدل. انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق5/277

6- انظر: الرصاع أبو عبد الله، شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق ابن عرفة الوافية، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، طبعة دار الغرب الإسلامي- بيروت- 1993م. 651/2، وانظر: أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة 400/5 طبعة دار الغرب الإسلامي - بيروت 1994م.

ومن ثمار هذا التقسيم، أن المال المتقوم يصح العقد عليه والتصرف فيه بالبيع والهبة والوصية ونحوها، أما المال غير المتقوم فلا يجوز فيه شيء من ذلك.

وكذلك من أتلف مالا متقوما لغيره وجب عليه ضمان مثله أو قيمته، لأنه محمي من الشارع، وأما المال غير المتقوم فلا يضمن متلفه.

باعتبار استقراره في محله وعدم استقراره، ينقسم إلى:

أ- **العقار:** هو ما لا يمكن نقله بحال من الأحوال كالبيوت الثابتة ونحوها.

ب- **المنقول:** ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى مكان، سواء تغيرت هيئته أم لم تتغير مثل العروض التجارية ونحوها. وهذا على رأي الحنفية.

أما فقهاؤنا المالكية فقد ضيقوا من دائرة المنقول، ووسعوا في معنى العقار.

فالعقار: كل ما لا يمكن نقله وتحويله أصلا كالأرض، أو أمكن تحويله ونقله مع تغيير صورته وهيئته عند النقل والتحويل، كالبناء والشجر.

أما المنقول فهو: ما أمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر مع بقائه على هيئته وصورته الأولى، كالملابس والكتب والسيارات ونحوها.

ومن فوائد هذا التقسيم أن حق الشفعة يجري في العقار دون المنقول، إلا إذا بيع المنقول تبعا له، وأن حقوق الجوار والارتفاق تتعلق بالعقار دون المنقول.

باعتبار تماثل أجزاء المال وعدم تماثلها، ينقسم إلى:

أ- **المال المثلي:** هو ما له نظير في الأسواق من غير تفاوت بين أجزائه أو وحداته تفاوتا يعتد به في التعامل، وهو أربعة أنواع:

- **المكيلات:** هي التي تقدر بالكيل، كالقمح والشعير ونحوهما.
- **الموزونات:** هي التي تقدر بالوزن، كالذهب والحديد ونحوهما.
- **العدديات:** هي التي تقدر بالعدد، كالبيض ونحوه.
- **الذرعيات:** هي التي تقدر بالذراع أو المتر، كالثياب ونحوها.

ب- المال القيمي: هو ما ليس له نظير في السوق، أو له مثيل ولكن مع التفاوت المعتد به بين وحداته في القيمة، كالبيوت والحيوانات ونحوها.

وقد يصير المال المثلي قيميا، في حالة الندرة أو الانقطاع من الأسواق، وكذا إذا لم يعد متساويا مع نظائره، بأن نقصت قيمته بالاستعمال أو التعيب.[1]

وتظهر فائدة التقسيم في كون المثلي يثبت دينا في الذمة، أي بأن يكون ثمنا في البيع عن طريق تعيين جنسه وصفته، أما القيمي فلا يقبل الثبوت دينا في الذمة.

كما أن الضمان عند التعدي أو الإتلاف يكون بالمثل في المال المثلي، وبالقيمة في القيمي. وأيضا الأموال القيمية لا يجري فيها ربا الفضل المحرم بخلاف المال المثلي.

باعتبار بقاء عين المال بالاستعمال وعدم بقائها، ينقسم إلى:

أ- المال الاستعمالي: ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالعقارات ونحوها.

ب- المال الاستهلاكي: ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه كأنواع الطعام.

والضابط المميز للنوعين هو الاستعمال للمرة الأولى، لا إلى الاستعمالات المتكررة. ويسمي الاقتصاديون المال الاستعمالي بالسلع المعمرة (Durable Goods) والمال الاستهلاكي بالسلع غير المعمرة (Non durable Goods).

وفائدة التقسيم تظهر في معرفة أي نوع من العقود يصح في كلا المالين.

فالمال الاستهلاكي يقبل العقود التي غرضها الاستهلاك، كالقرض نحوه.

أما المال الاستعمالي فإنه يقبل العقود التي هدفها الاستعمال دون الاستهلاك كالإجارة ونحوها.

فإن لم يكن الغرض من العقد هو الاستعمال وحده أو الاستهلاك وحده جاز أن يرد على كلا النوعين: الاستعمالي والاستهلاكي كالبيع.

باعتبار قابلية المال للتملك وعدم قابليته، ينقسم المال إلى:

1- انظر: ابن عابدين رد المحتار 171/4

أ- ما لا يقبل التمليك والتملك بحال: وهو كل ما خصص للنفع العام كالطرق العامة والحدائق العامة ونحوها، فإذا زالت عنها صفة النفع العام جاز تملكها.

ب- ما لا يقبل التملك إلا بمسوغ شرعي: كالأوقاف وأملاك بيت المال.

ج- ما يجوز تملكه وتمليكه بدون قيد: هو ما عدا النوعين السابقين.[1]

المطلب الثاني: مفهوم التمويل الإسلامي

يقصد بالتمويل الإسلامي تقديم ثروة عينية أو نقدية، بقصد الاسترباح من مالكها إلى شخص آخر يديرها ويتصرف فيها لقاء عائد تبيحه أحكام الشريعة الإسلامية.[2]

والمال هو شريان الحياة الاقتصادية وعصبها، وبه قوامها وازدهارها، وبغيابه تتوقف معظم النشاطات وتنهار. وفي كتاب الله تعالى:﴿ولا توتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم **قِيَمًا**﴾[النساء،5]وقرأ عاصم -رحمه الله- ﴿**قياما**﴾ قال ابن كثير -رحمه الله-: «قياما، أي: تقوم بها معايشهم من التجارات وغيرها»[3]

فالتمويل وضعٌ للمال رهن الاستعمال في النشاط الاقتصادي النافع المثمر واستخدام له في المسار الصحيح، رجاء تحقيق وظائفه النبيلة.

المطلب الثالث: وظيفة التمويل الإسلامي

إن من أهم خصائص «الاقتصاد الإسلامي» خاصية الواقعية، حيث يُعنى بالأنشطة الحقيقية التي تثمر قيمة مضافة في واقع الناس وحياتهم، وينأى بنفسه عن المعاملات الافتراضية الوهمية في عالم أسواق المال والأعمال، وما ينتج عن ذلك من «مضاربات» مقيتة مهلكة للحرث والنسل.

وشاءت حكمة الله سبحانه أن يتفاوت الناس في العطاء والأرزاق، ابتلاء لهم وتحقيقا لمقصد «التسخير». ﴿ليتخذ بعضهم بعضا سخريا﴾[الزخرف، 32]

1- وهناك تقسيمات أخرى للمال باعتبارات أخرى، منها: المال النامي والمال غير النامي (القنية)، والمال الظاهر والمال الباطن، والمال الربوي والمال غير الربوي.

2- منذر قحف، مفهوم التمويل الإسلامي في الاقتصاد الإسلامي ص 12

3- ابن كثير، إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن العظيم، 214/2، تحقيق سامي بن محمد السلامة، الناشر دار طيبة، ط2، 1420هـ - 1999م

فقد يوجد المال وتغيب الخبرة، وقد توجد الخبرة والدراية ويغيب المال، وقد يوجدان معا وتُفقَد القدرة...

ونظرا لذلك، وسعيا لتحقيق «التسخير» خلُص أهل الحكمة إلى ضرورة إيجاد «آلية للوساطة»، وساطة بين المال الفائض والعمل المتوقف على التمويل، وهي فكرة سديدة تعكس صورة من التعاون والتآزر بين فئات المجتمع، كما تسعى إلى تحقيق الوظائف الأساسية للمال في التنمية الاجتماعية والاقتصادية للأفراد والجماعات.

ثم ازدادت الحاجة إلى تلك «الوساطة» مع تعقد الحياة الاقتصادية، وتطور الأنشطة الاستثمارية، وفقدان عنصر «الثقة» نتيجة التحولات الاجتماعية الكبرى -الانتقال من منطق القبيلة إلى منطق السوق العالمي- الذي قلّل من جريان رأس المال «الجبان بطبعه» في الأنشطة الاقتصادية النافعة.[1]

ولم تكن تلك «الآلية» التي تعنى بالوساطة بين المال والعمل، بين رب المال والمستثمر، إلا «**البنوك**».

فوظيفة التمويل والهدف الأساس منه هو تسهيل المبادلات والأنشطة الحقيقية التي تولد القيمة المضافة للنشاط الاقتصادي.

وإنما تنشأ الحاجة للتمويل إذا وجدت مبادلة نافعة لكنها متوقفة بسبب غياب المال اللازم لإتمامها، فهو بذلك يحقق قيمة مضافة للاقتصاد، لأنه يسمح بإتمام نشاط حقيقي نافع لم يكن من الممكن إتمامه لولا وجود التمويل. وبالتالي يسهم في تنمية الثروة وتحقيق الإقلاع الاقتصادي المنشود.

وبناء على هذا الأساس النظري نجد أن جميع صيغ التمويل في الشريعة الإسلامية ترتبط ارتباطًا مباشرًا بالنشاط الاقتصادي الحقيقي. فعقود المعاوضات من بيع وسلم وإجارة ومشاركة ومضاربة...كلها صيغ تمويلية مرتبطة بالنشاط الحقيقي وهذا يتفق مع طبيعة التمويل ووظيفته التي سبقت الإشارة إليها.

1- انظر: جمال الدين عطية، البنوك الإسلامية ص80-81 بتصرف. كتاب الأمة، العدد 13 الطبعة الأولى، صفر الخير 1407هـ.

عائد التمويل الإسلامي:

في مقابل الوظيفة الحيوية التي يحققها التمويل في الحياة الاقتصادية استحق عائدًا مشروعا ينبع من القيمة المضافة التي يحققها، إذ بدون هذه القيمة المضافة سيصبح هذا العائد تكلفة محضة وخسارة على النشاط الاقتصادي.

فلا وجود لتمويل منفصل عن النشاط الفعلي الحقيقي، ولا «شرعية» لعائد التمويل ما لم يكن خادما للنشاط الاقتصادي.

وهنا بيت القصيد في تحريم الربا والقروض الربوية.

فالعائد «**المشروع**» لا يمكن إلا أن يكون «**ربحا**» أو «**أجرا**» أو«**جُعْلا**».

فالربح طريقه الاستثمار - المباشر أو بالإنابة (المضاربة) - المبني على المخاطرة وتحمل الضمان، ف«الخراج بالضمان» و«الغُنم بالغُرم».

والأجر طريقه العمل النافع والخدمة المشروعة المحددة.

والجعل طريقه إنجاز العمل المجاعل عليه وتحققه كما شرطه المجاعِل.

أما العائد (الفائدة) في القرض فلم يُشرع لكون المال لم يرتبط بعمل، ولأن الضمان قد انتقل من المقرض إلى المقترض. وبالتالي خلا القرض من مسوغات التربح المشروع.

فالأصل في القرض أنه تبرع وإحسان ابتغاء وجه الله، وليس معاوضة للتربح المادي.

ولا يمانع القطاع البنكي الربوي من فصل التمويل عن النشاط الاقتصادي حيث يصبح التمويل في حدّ ذاته نشاطا ربحيا دون أن يكون له ارتباط بالتبادل الحقيقي أو يكون خادما ومولدا لنشاط اقتصادي فعلي، وعليه يُرَتب للقرض عائدا لمجرد التمويل دون اعتبار للقيمة المضافة المفروض تحققها من كل تمويل.

هذا الوضع المعكوس للتمويل يؤدي إلى فصل معدل نمو المديونية عن معدل نمو الناتج الحقيقي، فتزداد المديونية بدرجة أسرع من نمو الاقتصاد الحقيقي.

وبالتالي يصبح العائد (الفائدة الربوية) عبئا ثقيلا على الدخل القومي وعلى التنمية الشاملة.[1]

وبدل أن يكون التمويل عاملا إيجابيا في النشاط الاقتصادي أصبح عامل هدم. وبدلا من أن يكون خادما للنشاط الاقتصادي أصبح النشاط الاقتصادي خادما للتمويل.[2]

المطلب الرابع: صيغ التمويل الإسلامي

إذا كان التمويل الربوي لا يعرف إلا صيغة واحدة ووحيدة هي القرض بالفائدة فإن التمويل الإسلامي يتميز بصيغه الكثيرة والمتنوعة التي تناسب مختلف القطاعات الاقتصادية -الزراعية والصناعية والتجارية والخدماتية- والتي تلبي ظروف وحاجيات الراغبين في التمويل.

وإن نظرة فاحصة لعقود المعاوضات والمشاركات في الفقه الإسلامي تجعل صاحبها يقف على تلك الغزارة وذلك التنوع في الصيغ التي يقدمها الفقه الإسلامي في مجال التمويل.

ومن أهم تلك الصيغ التمويلية نذكر: المشاركة، والمرابحة، والإجارة، والمضاربة والسلم، والاستصناع، والبيع الآجل(البيع بالتقسيط)، والمساقاة، والمغارسة والقرض الحسن.

وسنتناول في الفصل الثاني من هذا السّفر بالدراسة الفقهية التأصيلية أهم تلك الصيغ التمويلية التي اعتمدتها البنوك التشاركية والمتمثلة في المرابحة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسَّلم.

1- يتوقع الخبراء أن ترتفع فوائد الديون الخارجية المستحقة على حكومات الدول النامية خلال العامين 2020 و2021 إلى ما يتراوح بين 2.6 تريليون و3.4 تريليون دولار.

2- انظر: سامي السويلم، مقالات في التمويل الإسلامي ص 2- 3

الفصل الثاني:

الصيغ التمويلية التي تعتمدها البنوك التشاركية

وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول: صيغة المرابحة

المبحث الثاني: صيغة الإجارة

المبحث الثالث: صيغة المشاركة

المبحث الرابع: صيغة المضاربة

المبحث الخامس: صيغة السلم

المبحث السادس: صيغة الاستصناع

المبحث الأول: صيغة «مرابحة»

صدر منشور والي بنك المغرب المتعلق بالمواصفات التقنية لمنتجات المرابحة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم، وكذا كيفيات تقديمها للعملاء[1] بعد أن أفتت اللجنة الشرعية للمالية التشاركية بمطابقة تلك «المنتجات» لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها، واستنادها للأدلة الشرعية والاجتهادات الفقهية المعتبرة، ومراعاتها لأصول المذهب المالكي وقواعده.[2]

وقد خصص المنشور الباب الأول لتعريف «المرابحة» وبيان مواصفاتها وأحكامها.[3]

المطلب الأول: مفهوم المرابحة بين القانون والفقه.

أولا: التعريف القانوني:

جاء في المادة 3 من المنشور: «**يُقصد بعقد المرابحة كل عقد تبيع بموجبه مؤسسة منقولا أو عقارا محددا في ملكيتها، لعميلها بتكلفة اقتنائه مضافا إليها هامش ربح متفق عليهما مسبقا بين طرفي العقد.**

يُقصد بتكلفة الاقتناء ثمن شراء العين من قبل المؤسسة مضافا إليه مجموع المصاريف المؤداة من قبلها والمرتبطة باقتناء العين من لدن المؤسسة المذكورة.

تشكِّل تكلفة الاقتناء وهامش الربح المذكوران ثمن البيع والمرابحة»[4]

يفهم من المادة أن «المرابحة» عقد بين **عاقدين**، هما: المؤسسة(البنك) والمتعامل.

و**المعقود عليه:** منقول أو عقار، بشرط تملك البائع (البنك) له. و**الثمن:** يشمل تكلفة الاقتناء (ثمن العين مع المصاريف) مضافا إليها هامش ربح متفق عليه.

1- رقم المنشور 1 و17، صدّق عليه بقرار لوزير المالية رقم 339.17 ونشر في الجريدة الرسمية العدد 6548 في 03 جمادى الآخرة 1438هـ (02 مارس2017) ص 580-597

2- انظر: القرار رقم 01 الصادر بتاريخ 10 ربيع الأول 1438 (10 دجنبر 2016) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6548 بتاريخ 02 مارس 2017.

3- انظر: الجريدة الرسمية، العدد 6548، ص 581 - 584

4- انظر: منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية، عدد 6548، ص581

ثانيا: التعريف الفقهي لبيع المرابحة:

البيع في اللغة: مطلق المعاوضة والمبادلة.[1]

وفي الاصطلاح: عقد معاوضة على غير منافع، ولا متعة لذة.[2]

فالبيع: عقد يفيد نقل ملك الذات بعوض.

والمرابحة في اللغة: قال ابن فارس: الراء والباء والحاء أصلٌ واحدٌ، يدلُّ على شَفٍّ في مبايعة. والشفّ -بكسر الشين وفتحها- هو الفضل والربح والزيادة.

وقيل: الربح هو النماء في التجر.[3]

وفي الاصطلاح: عرفها الدردير بقوله: "بيع السلعة بالثمن الذي اشتراها به، وزيادة ربح معلوم لهما".[4]

وقال ابن جزي: " فأما المرابحة: فهو أن يعرف صاحب السلعة المشتري بكم اشتراها ويأخذ منه ربحا إما على الجملة: مثل أن يقول اشتريتها بعشرة وتربحني دينارا أو دينارين، وإما على التفصيل: وهو أن يقول تربحني درهما لكل دينار أو غير ذلك".[5]

وقال ابن عرفة:" بيع مرتب ثمنه على ثمن بيع تقدمه، غير لازم مساواته له".[6]

نخلص من التعاريف السابقة أن بيع المرابحة هو: بيع بمثل الثمن الأول، وزيادة ربح معلوم متفق عليه بين المتعاقدين. وهو من بيوع الأمانة.[7]

وبيع الأمانة إما أن يتم بنفس ثمنه الأصلي فيكون بيع **تولية**، وإما أن يتم بأقل منه فيكون **وضيعة**، وإما أن يتم بإضافة ربح معلوم إليه فيكون **مرابحة**.

1- انظر: لسان العرب مادة (بيع)، المصباح المنير مادة (باع)، مختار الصحاح مادة (بيع)
2- حدود ابن عرفة 326/1، مواهب الجليل 8/6، الشرح الكبير 2/3
3- القاموس المحيط مادة (ربح)، المصباح المنير مادة (ربح)، مقاييس اللغة مادة (ربح)
4- الشرح الكبير 159/3
5- محمد بن أحمد بن جزي، القوانين الفقهية ص 174، مكتبة الباز - مكة المكرمة.
6- حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع عليها 384/2
7- في شروط بيع الأمانة، انظر: ابن رشد، المقدمات الممهدات 325/3- 328، مطبوع بهامش المدونة الكبرى، دار الفكر - بيروت 1986م. القوانين الفقهية ص174

ونظرا لكثرة شروط بيع المرابحة، فضل الفقهاء التعامل بالأنواع الأخرى على المرابحة. قال الشيخ خليل:» جاز(أي: البيع) مرابحة والأحب خلافه«.[1]

وفي الشرح الصغير:» وبيع المساومة أحب إلى أهل العلم من بيع الاستئمان والاسترسال وأضيقها عندهم بيع المرابحة لأنه يتوقف على أمور كثيرة قلّ أن يأتي بها البائع على وجهها«.[2]

المطلب الثاني: المرابحة للآمر بالشراء

أولا: التعريف القانوني:

جاء في المادة 11 من المنشور: « **يمكن للمؤسسة أن تقتني عقارا أو منقولا بناء على طلب العميل بغرض بيعه له في إطار عقد مرابحة كما هو معرف في المادة 3 أعلاه، وتعتبر هذه العملية «مرابحة للآمربالشراء». وفي هذه الحالة يمكن أن يسبق عقد المرابحة وعد أحادي بالشراء من طرف العميل ملزم له بمجرد امتلاك المؤسسة للعين.**

ويحدد الوعد مواصفات العين وكيفيات وأجل تسليمها للعميل».[3]

ف»المرابحة للآمر بالشراء» تختلف عن «المرابحة» العادية بأمور ثلاثة:

الأول: أن البائع (المؤسسة) في «المرابحة» يتملك عينا (عقارا أو منقولا)، ثم يبيعها بهامش ربح عند وجود مشترٍ لها. بينما في «المرابحة للآمر بالشراء» لا تتملك المؤسسة العين إلا بناءً على وعد بالشراء من المتعامل، فتقتنيها لتبيعها له بربح.

الثاني: أن الثمن في «المرابحة للآمر بالشراء» يؤدى أقساطا، فهو بيع إلى أجل. بخلاف «المرابحة» التي يكون فيها البيع ناجزا والثمن معجلا.

الثالث: أن «المرابحة» تتم بعقد بيع واحد، بينما «المرابحة للآمر بالشراء» تتم عبر مرحلتين منفصلتين، مرحلة الوعد بالشراء ثم مرحلة البيع بعد تملك البنك للعين.

1- مختصر خليل ص188

2- الشرح الصغير 87/3

3- انظر: منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية، عدد 6548، ص583

ثانيا: التعريف الاصطلاحي:

تعتبر "المرابحة للآمر بالشراء" اصطلاحا حديثا، ولعل أول من استعمله د. سامي حمود في أطروحته "تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية"[1]

ثم شاع استعماله فيما بعد، واعتمدته المصارف والأسواق المالية الإسلامية. وعلى الرغم من جدة المصطلح وحداثته، فإن مفهومه أصيل في أدبيات فقهائنا، فقد أشار إليه كل من الإمام الشافعي، والإمام محمد بن الحسن، والإمام ابن القيم وسيأتي ذكر عباراتهم في ذلك.

اختلفت تعريفات المعاصرين لهذا العقد عبارة واتفقت مضمونا، ومنها:

- تعريف د. سامي حمود: أن يتقدم العميل إلى المصرف طالبا منه شراء السلعة المطلوبة بالوصف الذي يحدده العميل، وعلى أساس الوعد منه بشراء تلك السلعة فعلا مرابحة بالنسبة التي يتفقان عليها، ويدفع الثمن مقسطا حسب إمكانياته.[2]

- تعريف د. يونس رفيق المصري: أن يتقدم الراغب في شراء سلعة إلى المصرف لأنه لا يملك المال الكافي لسداد ثمنها نقدا، ولأن البائع لا يبيعها له إلى أجل...

فيشتريها المصرف بثمن نقدي ويبيعها إلى عميله بثمن مؤجل أعلى".[3]

يتلخص من تعريفات المعاصرين أن صورة المرابحة للآمر بالشراء تشمل التالي:

العاقد: طرفان، وهما:

- المشتري: أو العميل، ويسمى الآمر بالشراء.

- البائع: البنك الإسلامي (التشاركي)، ويسمى المأمور.

1- صرح بذلك في بحثه بيع المرابحة للآمر بالشراء، مجلة مجمع الفقه الإسلامي،ع5ج2.
2- سامي حمود، تطوير الأعمال المصرفية ص 432 بتصرف يسير.
3- رفيق يونس المصري، بيع المرابحة للآمر بالشراء، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الجزء الثاني. ص 836، العدد الخامس.

الصيغة: تتم بطلب من العميل يقدمه للمصرف الإسلامي لشراء سلعة موصوفة يتضمن وعدا بالشراء، وقبول من المصرف لشراء السلعة الموصوفة يتضمن وعدا ببيعها للعميل بعد تملكها.

وتتم عملية البيع والشراء كالآتي:

- شراء المصرف للسلعة الموصوفة نقدا، وتملكه لها بعقد صحيح.

- بيع المصرف للسلعة الموصوفة للعميل بأجل، بعقد صحيح.

الثمن: متفق عليه بين المشتري والمصرف، وهو عبارة عن الثمن الأصلي للسلعة مع زيادة هامش ربح محدد، ويدفع على أقساط.

ويظهر من التعريف القانوني أن الصيغة المعتمدة لبيع المرابحة للآمر بالشراء في البنوك التشاركية لا تخرج عن الصورة الفقهية في الجملة، حيث نص الباب المخصص للمرابحة على جملة شروط يجب التقيد بها، كما نص على المحاذير التي ينبغي أن تجتنب ليصح العقد.

ثالثا: حكم المرابحة للآمر بالشراء:

اختلف المعاصرون في هذه الصورة المستحدثة للمرابحة على رأيين:

الأول مجيز: ويمثله مجموعة من الفقهاء[1] أذكر منهم:

الشيخ القرضاوي[2] والدكتور أحمد السالوس[3] والدكتور سامي حمود[4] والدكتور الصديق محمد الأمين الضرير[5] والدكتور عبد الستار أبو غدة.[6]

واختار هذا الرأي مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الخامس بالكويت حيث قرر: «أن بيع المرابحة للآمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور وحصول

1- انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، الجزء الثاني.
2- انظر: بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية، يوسف القرضاوي.
3- انظر: علي السالوس، المرابحة للآمر بالشراء، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.ع5 الجزء 2.
4- في كتابه «تطوير الأعمال المصرفية» ص430
5- الصديق الأمين، المرابحة للآمر بالشراء، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.ع 5 الجزء 2.
6- عبد الستار أبو غدة، أسلوب المرابحة والجوانب الشرعية، المصدر نفسه.ع5 الجزء 2.

القبض المطلوب شرعا، هو بيع جائز، طالما كانت تقع على المأمور مسؤولية التلف قبل التسليم، وتبعة الرد بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم وتوافرت شروط البيع وانتفت موانعه.[1]

واستدل المجيزون بجملة أدلة منها:[2]

- **الأصل في المعاملات الإباحة:** فتكون كل معاملة مباحة حتى يرد المنع من الشارع، ولا تَحْرُم معاملة إلا إذا ثبت النص الصحيح الصريح على حظرها، أو ظهرت مخالفتها لكليات الشريعة وقواعدها المعتبرة.

- **عموم حلية البيع إلا ما استثني**: فقد ورد في كتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم نصوص دالة على حل جميع أنواع البيع إلا ما استثناه الدليل الخاص. ومن ذلك قول الله تعالى: ﴿وأَحَل اللهُ البَيْعَ وحَرمَ الربَا﴾ [البقرة، 274] قال القرطبي: «هذا من عموم القرآن والألف واللام للجنس لا للعهد... وإذا ثبت أن البيع عام فهو مخصص بما ذكرنا من الربا وغير ذلك مما نهى عنه ومنع العقد عليه، كالخمر والميتة...»[3].

- **فقه المعاملات مبني على مراعاة العلل والمصالح:**

الأصل في المعاملات هو التعليل بالمصالح والمفاسد، وحيثما وجد شرع الله فثم مصلحة، وحيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله، وأن أحكام المعاملات تدور مع حكمها وغاياتها وجودا وعدما.

- **قياس «المرابحة للآمر بالشراء» على «الاستصناع» عند الحنفية.**

- **ما ورد عن الأئمة من نصوص:**

فالإمام الشافعي يقول في «الأم»: «وإذا أرى الرجلُ الرجلَ السلعة فقال: اشتر هذه وأربحك فيها كذا، فاشتراها الرجل، فالشراء جائز. والذي قال أربحك فيها **بالخيار**، إن شاء أحدث فيها بيعا وإن شاء تركه. وهكذا إن قال اشتر لي متاعا ووصفه له، أو متاعا أي متاع شئت وأنا أربحك فيه فكل هذا سواء يجوز البيع الأول ويكون فيما أعطى من نفسه

1- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، الجزء 2 ص 753 و ص965

2- انظر: بيع المرابحة للقرضاوي ص13- 18

3- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن 356/3 دار إحياء التراث العربي، بيروت1405هـ

بالخيار. وسواء في هذا ما وصفت إن كان قال: أبتاعه واشتريه منك بنقد أو دين، يجوز البيع الأول ويكونان **بالخيار** في البيع الآخر، فإن جدداه جاز».[1]

- وقال محمد بن الحسن الشيباني: «قلت: أرأيتَ رجلا أمرَ رجلا أن يشتري دارا بألف درهم، وأخبره أنه إن فعل اشتراها الآمِر بألف درهم ومائة درهم فأراد المأمور شراء الدار، ثم خاف إن اشتراها أن يبدو للآمر فلا يأخذها... كيف الحيلة في ذلك؟ قال: يشتري المأمور فيقول له: قد أخذت منك هذه الدار بألف درهم ومائة درهم، فيقول له المأمور: هي لك بذلك، فيكون ذلك **للآمر لازما**، ويكون استيجابا من المأمور للمشتري».[2]

- وقال ابن القيم: «رجل قال لغيره: اشتر هذه الدار، أو هذه السلعة من فلان بكذا وكذا وأنا أربحك فيها كذا وكذا، فخاف إن اشتراها أن يبدو للآمر فلا يريدها ولا يتمكن من الرد، فالحيلة أن يشتريها على أنه بالخيار ثلاثة أيام أو أكثر ثم يقول للآمر: قد اشتريتها بما ذكرت، فإن أخذها منه وإلا تمكن من ردها على البائع بالخيار. فإن لم يشترها الآمر إلا بالخيار فالحيلة أن يشترط له خيارا أنقص من مدة الخيار التي اشترطها هو على البائع، ليتسع له زمن الرد إن ردت عليه».[3]

الرأي الثاني: مال أصحابه إلى المنع، ومن القائلين به:

الدكتور محمد سليمان الأشقر[4] والدكتور بكر أبو زيد[5] والدكتور رفيق المصري[6] وغيرهم.

واستدل المانعون بجملة أدلة، أبرزها:[7]

- أنه من باب البيع المعلق المنهي عنه.

- أنه من باب بيع الإنسان ما لا يملك، أو بيع الإنسان ما ليس عنده.

1- محمد بن إدريس الشافعي، الأم 39/3، دار المعرفة - بيروت، ط 2، 1393هـ

2- محمد بن الحسن الشيباني، المخارج في الحيل ص40، مكتبة الثقافة الدينية، 1419هـ

3- إعلام الموقعين 29/4

4- في كتابه «بيع المرابحة كما تجريه المصارف الإسلامية».

5- في بحثه «المرابحة للآمر بالشراء»، منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد5 ج2

6- في بحثه «بيع المرابحة» منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد5 ج2

7- بيع المرابحة للأشقر ص 7- 8

- أنه من باب الحيلة على الإقراض بالربا.

- أنه من باب العينة المنهي عنها.

- أنه من باب بيع الكالئ بالكالئ المنهي عنه.

- أنه يدخل في بيعتين في بيعة.

وناقش المجيزون أدلة المانعين وحججهم وأجابوا عنها بِكون بعضها ضعيفا لا يرقى للاحتجاج به، وبعضها الآخر بعيدا عن صورة وحقيقة بيع المرابحة للآمر بالشراء ولا ينطبق عليها.

وقد استقر الأمر على العمل بعقد المرابحة في البنوك الإسلامية، بل أصبحت المرابحة تستحوذ على جل تعاملاتها، نظرا لقلة المخاطرة في هذا العقد.

ومع هذا تتعالى كثير من الأصوات من داخل حقل المصرفية الإسلامية منادية بالتقليل من المرابحة، والإكثار من الصيغ التمويلية الأخرى كالسلم والمشاركات والمضاربة، لما تحققه تلك الصيغ من إضافات نوعية في النشاط الاقتصادي على الأفراد والمؤسسات والمجتمع والدولة.

وبعد هذه الدراسة الفقهية للمرابحة بشكليها: "المرابحة" العادية و"المرابحة للآمر بالشراء" من حيث المفهوم والحكم، سنتناول بالدراسة ما بقي من مواد متعلقة بالمرابحة في منشور والي بنك المغرب المفصل للمواصفات التقنية، وذلك من خلال إحدى عشرة مسألة، نبرز من خلالها التأصيل الفقهي لما تضمنته تلك المواد، مع مناقشة أدلة وحجج المانعين لعقد المرابحة للآمر بالشراء.

المسألة الأولى: بيع ما لا يملك أو بيع مالم يقبض

من أدلة المانعين للمرابحة أنها من باب بيع الإنسان ما لا يملك، أو بيع الإنسان ما ليس عنده. وقد نصت المادة 3 من القانون على أن يكون المبيع (عقارا أو منقولا) **في ملكية** المؤسسة (البنك) تفاديا لهذا المحذور.

وقد ورد في السنة المطهرة النهي عاما عن بيع الإنسان ما ليس عنده، كما ورد النهي أيضا خاصا عن بيع الطعام قبل قبضه، والعلة دائما الغرر بسبب عدم القدرة على التسليم.

فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:" لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، **ولا بيع ما ليس عندك**".[1]

وعن حكيم بن حزام- رضي الله عنه - أنه قال:" أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوق ثم أبيعه؟ قال: **لا تبع ما ليس عندك**".[2]

وقد فُسِّر بيع الإنسان ما ليس عنده بتفسيرات[3] منها:

أنه يحتمل معنيين، أحدهما: أن يبيع عينا معينة ليست في ملكيته، بل تكون في ملك الغير، فيبيعها ثم يسعى في تحصيلها وتسليمها إلى المشتري. وهذا ما يظهر من حديث حكيم بن حزام -رضي الله عنه- السابق.

والثاني: أن يريد بيع ما لا يقدر على تسليمه وإن كان في الذمة، وهذا أشبه. فيكون قد باعه شيئا لا يدري هل يحصل له أم لا.

والمعنى الثاني كما قال ابن القيم يتناول أنواعا ثلاثة، وهي:[4]

- بيع عين معينة ليست عنده.

- السلم الحال في الذمة إذا لم يكن عنده ما يوفيه.

- السلم المؤجل إذا لم يكن على ثقة من توفيته عادة، فأما إذا كان على ثقة من توفيته عادة فهو دين من الديون، وهو كالابتياع بثمن مؤجل.

1- رواه الحاكم في المستدرك، كتاب البيوع.ح(2185)، ورواه أبو داود في السنن كتاب الإجارة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده.ح(3506)

2- رواه الترمذي في السنن، كتاب البيوع، باب كراهية بيع ما ليس عندك.ح(1232) ورواه النسائي في السنن كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع.ح(6206)

3- انظر: إعلام الموقعين 19/2، وانظر: المقدمات الممهدات لابن رشد 29/2

4- إعلام الموقعين 19/2

وعلة المنع واضحة في هذه الصور، وهي الغرر الذي ينشأ من عدم القدرة على تسليم المبيع في وقته.

فالظاهر أن المقصود بالعِندية (عندك) في الحديث الشريف **تملّك** المبيع في البيع **الناجز بالعقد**، وقبضه بشكل من أشكال القبض الآتي بيانها. أما في البيع **لأجل** فيكفي أن يكون المبيع في الذمة، بشرط إمكان التسليم عند حلول الأجل.

ولذلك جاز السّلَم على الرغم من كون المسلَم فيه (المبيع) غير مملوك للبائع، بل غير موجود زمن العقد. وسيأتي مزيد بيان عند الحديث عن صيغة "السلم".

- ✓ **بيع الطعام قبل قبضه:**

عن ابن عمر - رضي الله عنهما- أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه".[1] وروى ابن عباس -رضي الله عنهما- مثله. وقال: وأحسب كل شيء مثله.[2] وفي رواية: "من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه".[3] وعن ابن عمر -رضي الله عنهما- قال: لقد رأيت الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يبتاعون جزافا يعني الطعام، يضربون أن يبيعوه في مكانهم حتى يؤووه إلى رحالهم.[4]

واتفق الفقهاء على منع بيع الطعام قبل قبضه. قال ابن المنذر:" أجمع أهل العلم على أن من اشترى طعاما فليس له أن يبيعه قبل أن يستوفيه".[5]

وخالف عثمان البتي فقال بجواز بيع كل شيء قبل قبضه، واستدل بعموم قوله تعالى: ﴿وأحَلَّ اللهُ البَيْع﴾[البقرة، 275]. ورد عليه ابن عبد البر قائلا:" وهذا القول مردود

1- رواه البخاري في الصحيح، كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض وبيع ما ليس عندك.ح(2029) ورواه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب العينة وما يشبهها.ح(2356)
2- رواه الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الطعام حتى يستوفى.ح(1291)
3- رواه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب العينة وما يشبهها.ح(2357)، ورواه ابن حبان في الصحيح كتاب البيوع، باب البيع المنهي عنه.ح(4979)
4- رواه البخاري في الصحيح، كتاب البيوع، باب باب من رأى إذا اشترى طعاما جزافا أن لا يبيعه حتى يؤويه إلى رحله والأدب في ذلك.ح(2030).
5- انظر: المغني 235/4

بالسنة والحجة المجمعة على الطعام وأظنه لم يبلغه هذا الحديث، ومثل هذا لا يلتفت إليه".[1]

فالمبيع إما أن يكون طعاما أو غير طعام.

فإذا كان غير طعام، فيجوز في المذهب المالكي بيعه قبل قبضه، سواء كان منقولا أو غير منقول. وعمدة فقهائنا النصوص الواردة ودليل الخطاب، لأن ماعدا الطعام بمجرد العقد عليه ينتقل الملك والضمان إلى مستحق القبض.

واختلف فقهاء المذاهب الأخرى في بيع ما سوى الطعام قبل قبضه.[2]

وأما إذا كان طعاما، فإما أن يكون طعاما ربويا أو غير ربوي.

فإذا كان المبيع طعاما ربويا فلا خلاف في المذهب في عدم جواز بيعه قبل قبضه إذا بيع كيلا أو وزنا أو عدّا.[3]

وإذا كان المبيع طعاما غير ربوي، فعن الإمام مالك روايتان: الأولى: المنع، وهي الأشهر. والثانية: الجواز.[4]

ودليل المنع النصوص الصريحة بالنهي، وكون الضمان في الطعام لا ينتقل إلى المشتري إلا بالكيل أو الوزن.[5]

ويجوز عند فقهائنا بيع الطعام جِزافا[6] قبل قبضه.[7]

وفي خصوصية الطعام المستثنى في الحكم، قال القرافي:" الطعام أشرف من غيره لكونه سبب قيام البنية وعماد الحياة، فشدد فيه النزاع على عادته في تكثير الشروط

1- التمهيد لابن عبد البر 334/13

2- انظر: بدائع الصنائع 181/5 المجموع للنووي 319/9 المغني لابن قدامة 239/4

3- حاشية الدسوقي 151/3

4- ابن رشد(الحفيد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد 108/2دار الفكر، بيروت1415هـ

5- المصدر نفسه 108/2، وقد حكى ابن رشد سبعة أقوال في بيع المبيع قبل قبضه.

6- جزافا: مثلثة الجيم، والكسر أفصح. وأصل الجزاف الجهل بالشيء، وقال الخليل- رحمه الله - الجزاف بيع الشيء بالخرص بلا كيل ولا وزن. انظر: فتح الباري 351/4

7- وهو قول ابن قدامة والنووي. انظر: المغني 124/4- 127، المجموع 327/9. وقال الجمهور بعدم الجواز. انظر: بدائع الصنائع 181/5 المغني 124/4

فيما عظم شرفه، كاشتراط الولي والصداق والشهود في عقد النكاح...ويتأكد ما ذكرناه معاشر المالكية بمفهوم نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام حتى يستوفى، فإن مفهومه: أن غير الطعام يجوز بيعه قبل أن يستوفى.[1]

فيستنتج مما سبق أن فقهاءنا المالكية يجوزون بيع ما سوى الطعام قبل قبضه بشرط التملك بالعقد، والقدرة على التسليم.

وأما قول سيدنا ابن عباس - رضي الله عنهما-:" وأحسب كل شيء مثله (يقصد الطعام)" فقد وجّهه ابن حجر في الفتح بقوله: "وهذا من تفقه ابن عباس".[2]

فلا يكون حجة على غيره.[3]

✓ **مفهوم القبض و أنواعه:**

رأينا في ما سبق أن المالكية لا يشترطون القبض في البيع إلا في الطعام، ويكتفون بالتملك بالعقد مع القدرة على التسليم. وسنجلّي مسألة القبض مفهوما وأنواعا.

أ - مفهوم القبض: يطلق **القبض في اللغة** ويراد به: الأخذ، والحوز، والإمساك والملك، والقبول، والتناول والتحويل إلى حيزك.[4]

ومن شأن تعدد هذه المعاني أن تعطي لمفهوم القبض سعة ومرونة، فتختلف أشكاله وتتنوع أساليبه حسب طبيعة كل معقود عليه يراد قبضه، ويكون للعرف في تحديد ذلك مجال وتأثير.

القبض اصطلاحا: لا خلاف بين الفقهاء في أن القبض عبارة عن حيازة الشيء والتمكن منه، سواء أكان مما يمكن تناوله باليد، أم لم يكن.[5]

1- الفروق 1068/3
2- فتح الباري 329/4
3- انظر: أحمد السعد، حكم بيع المبيع قبل قبضه في الفقه الإسلامي ص24- 35
4- انظر: لسان العرب مادة (قبض)، الصحاح مادة (قبض)، مقاييس اللغة مادة (قبض).
5- انظر: القوانين الفقهية ص328، شرح حدود ابن عرفة 415/2

قال الكاساني:" ومعنى القبض هو التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفا وعادة حقيقة".[1] وقال العز بن عبد السلام:" قولهم: قبضت الدار، والأرض، والعبد والبعير، يريدون بذلك الاستيلاء والتمكن من التصرف".[2]

ويعتبر قبض المعقود عليه ثمرة تعاقدات الناس ومقصودها.

ب- أشكال القبض(الحوز):

تتعدد أشكال القبض بين قبض حقيقي وآخر حكمي. كما يختلف القبض حسب الشيء المراد قبضه، فقد يكون عقارا وقد يكون منقولا.

1- القبض الحسي (الحقيقي):

- **في العقار:** اتفق الفقهاء على أن القبض في العقار يكون بالتخلية والتمكين من اليد والتصرف.[3]

- **في المنقول:** اختلف الفقهاء في كيفية قبض المنقول:

فعند الحنفية: يكون القبض بالتناول باليد، أو بالتخلية على وجه التمكين.[4]

وقال الظاهرية: قبض المنقول يكون بالنقل والتحويل إلى نفسه.[5]

وميّز جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة)[6] بين ثلاث حالات:

الأولى: ما يتناول باليد عادة، كالنقود والثياب ونحوها، وقبضه يكون بحيازته باليد.

الثانية: ما يعتبر فيه التقدير، من كيل، أو وزن، أو ذرع، أو عدّ، فقبضه يكون باستيفائه بما يقدر فيه من كيل أو وزن أو ذرع أو عدّ.

1- بدائع الصنائع 148/5
2- العز بن عبد السلام، الإشارة إلى الإيجاز في بعض أنواع المجاز، ص106
3- انظر: مواهب الجليل 477/4، حاشية ابن عابدين 561/4، المجموع 276/9، المغني لابن قدامة 333/4، المحلى 89/8، المطبعة المنيرية – مصر، سنة 1350هـ
4- انظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار 561/4
5- انظر: ابن حزم، المحلى 89/8
6- انظر: الذخيرة 152/1، قواعد الأحكام 84/2، المغني 332/4

الثالثة: ما لا يعتبر فيه تقدير من كيل أو وزن أو ذرع أو عدّ، إما لعدم الإمكان وإما لأنه لم يراع فيه ذلك، كالأمتعة والعروض.

وفيه هذه الحالة اختلف الجمهور في كيفية القبض على رأيين:

فقال المالكية: يُرجع في كيفية قبضه إلى العرف. قال الشيخ خليل:" وقبض العقار بالتخلية، وغيره بالعرف"[1] وقال شارحه:" أي: غير العقار من عروض، وأنعام ودواب، بالعرف الجاري بين الناس، كاجتياز الثوب وتسليم مقود الدابة"[2]

وقال الشافعية والحنابلة: قبضه إنما يكون بنقله وتحويله.[3]

وتجدر الإشارة إلى أن اختلاف الفقهاء في ما يعتبر قبضا راجع إلى اختلاف أنواع المقبوضات، وأيضا إلى اختلاف العرف والعادة في ذلك.

قال الخطابي:" القبوض تختلف في الأشياء حسب اختلافها في نفسها، وحسب اختلاف عادات الناس فيها".[4] وقال الشربيني:" لأن الشارع أطلق القبض وأناط به أحكاما، ولم يبينه، ولا حدَّ له في اللغة، فرجع فيه إلى العرف".[5]

2- القبض الحكمي (التقديري):[6]

وهو يقوم مقام القبض الحقيقي في أحكامه وآثاره، ومنه:

- الرهن الرسمي في العقار، والمنقول المتحرك كالسيارات ونحوها، بوضع إشارة الرهن في الصحيفة المعتبرة قانونا كالسجل العقاري، ونحوه.

- قيام قبض سابق لعين من الأعيان مقام قبض لاحق مستحق معتبر شرعا.

- القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل في الحالات التالية:

إذا أودع في حساب العميل مبلغ من المال مباشرة أو بحوالة مصرفية.

1- مختصر خليل ص186
2- الشرح الكبير 145/3وانظر أيضا: شرح الخرشي 158/5، المنتقى للباجي 97/6
3- انظر: مغني المحتاج 72/2، المغني لابن قدامة 112/4
4- معالم السنن 136/3، المطبعة العلمية بحلب1352هـ وانظر: الفتاوى 272/3
5- انظر: المغني 112/4، المجموع 275/9
6- انظر: المعايير الشرعية ص 498، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس 453./1

إذا عقد العميل عقد صرف ناجز بينه وبين المصرف في حال شراء عملة بعملة أخرى لحساب العميل.

إذا اقتطع المصرف -بأمر العميل- مبلغا من حساب له إلى حساب آخر بعملة أخرى في المصرف نفسه أو غيره، لصالح العميل أو لمستفيد آخر، وعلى المصارف مراعاة قواعد عقد الصرف في الشريعة الإسلامية.

ويغتفر تأخير القيد المصرفي للمدد المتعارف عليها في أسواق التعامل، بما يمكن المستفيد من التسلم الفعلي، على أنه لا يجوز للمستفيد أن يتصرف في العملة خلال تلك المدة، إلا بعد حصول أثر القيد المصرفي بإمكان التسلم الفعلي.

- تسلم الشيك إذا كان له رصيد قابل للسحب بالعملة المكتوب بها عند استيفائه وحجزه المصرف.

وخلاصة القول في هذه المسألة:

بُعدُ المرابحة عن بيع "ما لا يملك" أو "مالم يقبض"، لأن المؤسسة (البنك) لا تبيع المبيع (موضوع المرابحة) للمتعامل إلا بعد تملكها له بالعقد، وقبضها له حقيقة أو حُكما بالتسجيل والتحفيظ والتوثيق، وتحملها الضمان فيه.

وبذلك يكون تعاملها قد خلا من هذا المحذور الشرعي.

المسألة الثانية: الثمن وهامش الربح

يشترط الفقهاء في بيع المرابحة أن يكون الثمن محددا وثابتا لا يتغير، لأنه من بيوع الأمانة التي تبنى على الوضوح و«الشفافية» من حيث التصريح بالثمن تفصيلا.

وذلك ما نصت عليه المادة 6 والتي جاء فيها: «**يحدَّد ثمن البيع لزاما في عقد المرابحة، سواء تعلق الأمر بتكلفة الاقتناء أو هامش الربح، ويجب أن يكون كل منهما ثابتا وتُمنع الزيادة فيهما**».[1]

1- انظر: منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية، عدد 6548، ص582

كما نصت المادة 3 السابقة على أنه: «**يقصد بتكلفة الاقتناء ثمن شراء العين من قبل المؤسسة، مضافا إليه مجموع المصاريف المؤداة من قبلها والمرتبطة باقتناء العين من لدن المؤسسة المذكورة.**

تشكل تكلفة الاقتناء وهامش الربح المذكوران ثمن البيع بالمرابحة».

ف«**تكلفة الاقتناء**» تشمل «**ثمن العين**» المشتراة و«**مصاريف**» البنك المرتبطة بعملية شراء العين. ولذلك تَعُدُّ البنوك التشاركية مصاريف التسجيل والتحفيظ والتوثيق من «المصاريف» التي يتحملها المتعامل، مما قد يسهم في غلاء المنتوج وارتفاع ثمنه.

وهاهنا وقفتان:

- ✓ **الأولى: المرابحة بربح متغير.**

صرحت المادة السادسة السابقة بوجوب تحديد «التكلفة» و«هامش الربح» وتثبيتهما ومنع الزيادة فيهما. وهذا رأي جماهير أهل العلم.

ومن الصور التي استحدثت في زماننا «المرابحة بربح متغير» وصورتها أن يكون الربح محددا عند التعاقد ثم يكون قابلا للتثبيت أو التعديل عند نهاية كل فترة لارتباطه بمؤشر مستقبلي منضبط ومعلوم.

وهذه الصورة منعتها الهيئات والمجامع الفقهية المعتبرة[1] لما فيها من الربا والغرر وغير ذلك من المحاذير الشرعية.

وأجازها قلة من المعاصرين[2] اعتمادا على أصل الإباحة، ولكونها تحقق العدالة للطرفين في المرابحة ذات الأجل الطويل، ولأنها من قبيل «البيع بالسعر»...

والراجح ما عليه جماهير أهل العلم، وبرأيهم أخذ المشرع المغربي.

1- انظر: المعايير الشرعية ص 213 - 214

2- انظر: المرابحة بربح متغير، يوسف بن عبد الله الشبيلي ص 159-201، مجلة العلوم الشرعية، العدد 14، محرم 1431هـ. حامد بن حسن ميرة، عقود التمويل المستجدة في المصارف الإسلامية ص 128-130، دار الميمان - الرياض. ط1، 1432هـ/2011م.

✓ **الوقفة الثانية: بين الربح والفائدة**

كأني بقائل يقول: تُرى، ما الفرق بين صيغة المرابحة هاته، وبين ما يتعامل به البنك التقليدي من القرض بفائدة. فالصورة تكاد تكون واحدة.

والجواب: أن العقدين مختلفان تماما، وذلك من أوجه:

- المرابحة عقد عوضي والقرض عقد تبرعي، والتربّح جائز في الأول ممنوع في الثاني.

- الربح في البيع جائز، لأنه يمثل عائد استثمار مشروع قائم على قاعدة «الغنم بالغرم»، بينما الفائدة في القرض ممنوعة لأنها غير مرتبطة بأي نشاط استثماري ولخلوّ القرض من «المخاطرة»، حيث يكون الضمان كاملا على المدين المقترض.

ثم إن الربح في المرابحة يكون ثابتا سواء كان مبلغا مقطوعا أو نسبة معلومة. بينما الفائدة الربوية تكون متغيرة.

مع الإشارة إلى ضرورة فصل الربح عن الفائدة على مستوى البنك المركزي، وتحرير الربح بإخضاعه لمنطق العرض والطلب في إطار الضوابط الشرعية والأخلاقية.

أو اعتماد أسلوب التسعير وتحديد هامش الربح إذا دعت المصلحة المعتبرة لذلك.

فالأصل في الربح هو **التحرير**، و**التسعير** للحاجة والضرورة.

- الشرط الجزائي لا يرتبط في المرابحة بتأخر سداد الثمن على القول الراجح عند أهل العلم، بل بالنكول عن الوفاء بالوعد الملزم لغير عذر معتبر شرعا.

بينما في القرض الربوي يُفرض على كل تأخير في السداد، سواء كان لعذر أو تماطلا.

- الزمن إذا ارتبط بسلعة تكون له قيمته، وبالتالي جاز أن يختلف ثمن البيع الحال عن ثمن بيع الأجل. لكن إذا لم يرتبط بسلعة فلا قيمة له، ولذلك جازت المرابحة لأنها من البيع لأجل ومُنع القرض الربوي.

❖ **المسألة الثالثة: «ضع وتعجل»**

جاء في المادة 7: «**يمكن أداء ثمن البيع من لدن العميل دفعة واحدة أو من خلال دفعات متعددة، حسب الشروط والكيفيات المتفق عليها بين طرفي العقد. يجوز**

للعميل بمبادرة منه أن يقوم في أي وقت ودون تعويض، بالتسديد المبكر أو الجزئي لثمن البيع المتبقي أداؤه، مع مراعاة الشروط المحددة في عقد المرابحة.

في حالة التسديد المبكر يمكن للمؤسسة أن تتنازل عن جزء من هامش الربح لفائدة العميل، شرط ألا ينص العقد على ذلك. ويجب أن ينص العقد صراحة على أن المؤسسة غير ملزمة بالتنازل عن جزء من هامش الربح في حالة التسديد المبكر».[1]

ولعل المشرّع بهذا التنصيص أراد تفادي صيغة «ضع وتعجل» التي اختلف فيها الفقهاء على ثلاثة أقوال:

الأول: لفقهائنا المالكية ووافقهم عليه الشافعية.

ومفاده المنع إذا كان لشرط، لأنه ربا. قال الإمام مالك:» والأمر المكروه الذي لا اختلاف فيه عندنا، أن يكون للرجل على الرجل الدين إلى أجل، فيضع عنه الطالب ويعجله المطلوب، وذلك عندنا بمنزلة الذي يؤخر دينه بعد محله عن غريمه ويزيده الغريم في حقه، قال: فهذا الربا بعينه، لا شك فيه».[2]

فالإمام مالك يعتبر صورة «ضع وتعجل» بمنزلة «أخِّرني وأزيدك»، ووجه الشبه بينهما أن للزمن ثمنا في الصورتين.[3]

وجاء في الرسالة:» ولا تجوز الوضيعة من الدين على تعجيله، ولا التأخير به على الزيادة فيه».[4] قال الشارح: «(لا تجوز الوضيعة)، أي: الحطيطة (من الدَّين) كان من بيع أو من قرض على شرط (تعجيله) قبل حلوله...فهذا حرام. وتسمى هذه الصورة بضع من حقِّك وتعجّل. أي: حُطَّ عني حصة منه وأعجل لك باقيه. وحرمة ضع وتعجَّل عامة في دين بالبيع والقرض».[5]

1- انظر: منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية، عدد 6548، ص582
2- انظر: القبس لابن العربي 306/3
3- انظر: بداية المجتهد 155/2
4- الرسالة ص213-214
5- الفواكه الدواني 91/2

القول الثاني: لفقهاء الحنفية والحنابلة، ومفاده عدم الجواز إلا في دين الكتابة لأن الربا لا يجري بين المكاتب ومولاه في ذلك.

فيتلخص من قول الجمهور أن صورة «ضع وتعجل» لا تجوز إذا كانت بشرط مسبق، أما إذا كانت بغير شرط فلا تمنع.

قال ابن حزم: « فلو عجل الذي عليه الحق بعض ما عليه **بغير شرط**، ثم رغب إلى صاحب الحق أن يضع عنه الباقي أو بعضه فأجابه إلى ذلك، أو وضعه، أو بعضه، فكل ذلك جائز حسن وكلاهما مأجور. لأنه ليس ههنا شرط أصلا، لكن أحدهما سارع إلى الخيار في أداء بعض ما عليه فهو محسن، والآخر سارع إلى الإبراء من حقه فهو محسن، قال الله تعالى: ﴿**و افعلوا الخير**﴾ وهذا كله خير"[1]

القول الثالث: لأحمد في رواية عنه اختارها ابن تيمية و ابن القيم، ومفاده الجواز ولو بشرط.[2] وأخرج البيهقي أن ابن عباس-رضي الله عنهما- كان لا يرى بأسا أن يقول أعجل لك وتضع عني.[3]

كما أخرج صاحب المصنف قول ابن عباس-رضي الله عنهما-: "إنما الربا أخِّر لي وأنا أزيدك، وليس عجّل لي وأضع عنك".[4]

1- المحلى لابن حزم 83/1 - 84
2- انظر: إعلام الموقعين 371/3
3- انظر: سنن البيهقي 28/6
4- انظر: مصنف عبدالرزاق 27/8

واحتج المجيزون بحديث ابن عباس -رضي الله تعالى عنهما- قال: لما أراد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يخرج بني النضير قالوا: يا رسول الله، إنك أمرت بإخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل، قال: "ضعوا وتعجلوا".[1]

ويرى ابن القيم أن "ضع وتعجل" هو من باب صلح الإبراء أو صلح الإسقاط.

وقال مبينا الفرق بين الربا المحرم و"ضع وتعجل": "مقابلة الأجل بالزيادة في الربا ذريعة إلى أعظم الضرر، وهو أن يصير الدرهم الواحد ألوفا مؤلفة، فتشتغل الذمة بغير فائدة. وفي الوضع والتعجيل تتخلص ذمة هذا من الدين، وينتفع ذاك بالتعجيل له، والشارع له تطلع إلى براءة الذمم من الديون، وقد سمى الغريم المدين أسيرا، ففي براءة ذمته تخليص له من الأسر، وهذا ضد شغلها بالزيادة مع الصبر".[2]

ورجح مجمع الفقه الإسلامي قول الجمهور بالجواز بشرط عدم الاتفاق المسبق فقرر " أن الحطيطة من الدين المؤجل لأجل تعجيله، سواء كانت بطلب الدائن أو المدين (ضع وتعجل) جائزة شرعا، لا تدخل في الربا المحرم إذا لم تكن بناء على اتفاق مسبق، ومادامت العلاقة بين الدائن والمدين ثنائية، فإذا دخل بينهما طرف ثالث لم تجز، لأنها حينئذ تأخذ حكم حسم الأوراق التجارية".[3]

واتجه المؤتمر السابع عشر للأيوفي إلى القول بجواز إصدار تعليمات من البنوك المركزية بإلزام البنوك التي تحت إمرتها بالحط من الدين عند تعجيل السداد، ويكون

1- رواه البيهقي في السنن، كتاب البيوع، باب من عجل له أدنى من حقه قبل محله فقبله ووضع عنه طيبة به أنفسهما.ح(10920)، قال البيهقي: فيه ضعف. انظر: سنن البيهقي 28/6، ورواه الدارقطني في السنن، كتاب البيوع.ح193، ووصفه الدارقطني بأنه مضطرب. انظر: سنن الدارقطني 46/3. ورواه الحاكم في المستدرك، كتاب البيوع.ح2325، وقال عنه الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه. واعترض الذهبي على تصحيحه، وأشار لضعفه. انظر: المستدرك 61/2.
وقال ابن القيم: « هو على شرط السنن، وقد ضعفه البيهقي ورجال إسناده ثقات، وإنما ضعف بمسلم بن خالد الزنجي، وهو ثقة فقيه، روى عنه الشافعي واحتج به». انظر: إغاثة اللهفان لابن القيم 13/2.
2- انظر: إغاثة اللهفان 13/2، إعلام الموقعين 371/3
3- انظر: مجلة المجمع الفقهي، العدد السادس 193/1، والعدد السابع 9/2.

ذلك الإلزام من باب الإلزام الأدبي الذي يُتَضمّن في سياساتها وإجراءاتها وليس من الإلزام العقدي المشروط في العقد.[1]

خلاصة المسألة:

أخذ بنك المغرب برأي الجمهور- ومنهم المالكية- والاجتهاد المعاصر (المجمع الفقهي، المعايير الشرعية) القائل بجواز "ضع وتعجل" في غياب الشرط المسبق. فيكون وضعُ البنك من الدّين عند تعجيل السداد من باب التبرع والإحسان.

المسألة الرابعة: نقل الملكية، ورهن المبيع في ثمنه

جاء في المادة 4:» تنتقل ملكية العين إلى العميل، بإبرام العقد وتمكينه منها حقيقة أو حكما».[2]

الأصل أن الملكية والضمان ينتقلان بمجرد إبرام عقد البيع وإتمامه. والملكية تقتضي تمام التصرف المشروع في المملوك من غير قيد. والواقع أن المتعامل بعد إبرام العقد يُمَكَّن من العين لينتفع بها ويستعملها، لكنه يمنع من التصرف فيها بالكراء أو البيع إلا بإذن كتابي من البنك، وذلك لأن البنك يحتفظ بالعين (موضوع المرابحة) **رهنا** إلى حين إتمام كافة الأقساط.

وقد نصت المادة 8 على أنه «**يمكن أن يقترن عقد المرابحة بضمانات لفائدة المؤسسة، كالرهن والكفالة وغيرهما من الضمانات المنصوص عليها في النصوص التشريعية الجاري بها العمل، مع مراعاة مقتضيات المادة 2 من هذا المنشور**».[3]

ولا إشكال في اشتراط الضمانات الشرعية في المعاوضات، ومن ذلك البيع لأجل. لأنها لا تتنافى مع مقصود العقد. وسيأتي في مسألة «بيع وشرط» مزيد تفصيل.

ومن الضمانات المعمول بها واقعا في البنوك التشاركية ضمان **الرهن**، ولا إشكال فيه، إذ هو من عقود التوثيقات التي يستوثق بها للدَّين.

1- انعقد المؤتمر في 7 - 8 أبريل 2019 بالبحرين.

2- انظر: منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية، عدد 6548، ص582

3- انظر: منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية، عدد 6548، ص582

فالمؤسسة (المرتهِن) تجعل العين (موضوع المرابحة) وثيقة بدَين المتعامل (الراهن) بحيث تستوفي منها أو من ثمنها إذا تعذر وفاؤه بالدين الذي في ذمته.

والقول بجواز «رهن المبيع في ثمنه» هو الراجح من أقوال الفقهاء، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك وأحد قولي الشافعي والصحيح من مذهب أحمد، واختاره ابن تيمية وتلميذه ابن القيم.

قال ابن القيم: «وهكذا في المبيع يشترط على المشتري رهنه على ثمنه حتى يسلمه إليه، ولا محذور في ذلك أصلاً، ولا معنىً، ولا مأخذاً قوياً يمنع صحة هذا الشرط والرهن، وقد اتفقوا أنه لو شرط عليه رهن عين أخرى على الثمن جاز، فما الذي يمنع جواز رهن المبيع على ثمنه؟ لا فرق بين أن يقبضه أو لا يقبضه على أصح القولين، وقد نص الإمام أحمد على جواز اشتراط رهن المبيع على ثمنه، وهو الصواب ومقتضى قواعد الشرع وأصوله... وهو مذهب مالك وأبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي، وبعض أصحاب الإمام أحمد، وهو الصحيح».[1] وهذا ما أجازه مجمع الفقه الإسلامي حيث قرر أنه: «لا حق للبائع في الاحتفاظ بملكية المبيع بعد البيع، ولكن يجوز للبائع أن يشترط على المشتري رهن المبيع عنده لضمان حقه في استيفاء الأقساط المؤجلة».[2]

وأجازته المعايير الشرعية، حيث جاء في المعيار8: «ينبغي أن تطلب المؤسسة من العميل ضمانات مشروعة في عقد بيع المرابحة. ومن ذلك حصول المؤسسة على كفالة طرف ثالث، أو رهن الوديعة الاستثمارية للعميل، أو رهن أي مال منقول أو عقار، أو رهن السلعة محل العقد رهنًا ائتمانيا (رسميا) دون حيازة أو مع الحيازة للسلعة وفك الرهن تدريجيا حسب نسبة السداد».[3]

وجاء في المعيار رقم 39 الخاص بالرهن: «يجوز للبائع أن يشترط على المشتري في عقد البيع رهن المبيع بثمنه المؤجل، بعد قبض المشتري له حقيقة أو حكما».[4]

1- انظر: إعلام الموقعين 33/4، إغاثة اللهفان 53/2
2- انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي 193/1
3- انظر: المعايير الشرعية ص 216
4- انظر: المعايير الشرعية ص 986

واقترحت هيئة كبار علماء السعودية لتصحيح عقد الإيجار المنتهي بالتمليك «أن يسلك المتعاقدان طريقاً صحيحاً وهو أن يبيع الشيء ويرهنه على ثمنه، ويحتاط لنفسه بالاحتفاظ بوثيقة العقد واستمارة السيارة، ونحو ذلك».[1]

وهذا الرهن يكون في الغالب رهنا «رسميا» فقط، وليس رهنا «حيازيا».

ويبقى الإشكال في «التأمين التجاري» الذي تعتمده البنوك التشاركية باعتباره من «الضمانات» والذي يشكل مَنقصة في المالية التشاركية ومطعنا في «مشروعية» تعاملاتها[2]، ولذلك رُفع مطلب تقنين «التأمين التكافلي» وإدخاله إلى منظومة المالية التشاركية. وقد استجاب المشرع المغربي، وأصدر «القانون» بعد مخاض عسير.[3]

المسألة الخامسة: بيع حلية الذهب والفضة بالنقود نسيئة

جاء في المادة 5 أنه « لا يجوزإجراء المرابحة في الوحدات النقدية وما في حكمها إذا كان دفع الثمن آجلا، وكذا في الذهب والفضة إذا بيعا بالذهب والفضة».[4]

وعلة المنع تفادي الربا، حيث إنه من المقرر شرعا في أحكام الصرف في الفقه الإسلامي اشتراط التقابض (المناجزة) في البدَلين (يدًا بيدٍ) عند اختلاف الجنس. واشتراط التقابض والتماثل (مِثْلاً بمثل، سواء بسواء) عند اتحاده.

ولذلك، منعت المرابحة في النقد، والذهب والفضة في جنسهما لغياب «التقابض».

وقد وردت في السنة المطهرة أحاديث كثيرة في الربا.[5]

1- انظر: القرار رقم 198 بتاريخ 1420/11/6هـ.

2- جمهور الفقهاء على تحريمه للغرر. انظر: الفقه الإسلامي وأدلته 4/442- 445

3- صدر قانون التأمين التكافلي في الجريدة الرسمية عدد 6806 بتاريخ 20 ذو الحجة 1440هـ(22 غشت 2019).

4- انظر: منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية، عدد 6548، ص582

5- انظر: - صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة، وفي باب بيع الشعير بالشعير. وفي باب بيع الذهب بالذهب. وفي باب بيع الفضة بالفضة.

- صحيح مسلم كتاب المساقاة، باب الربا. وفي باب النهي عن بيع الورق بالذهب دينا. وفي باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا.

- موطأ مالك، كتاب البيوع، باب بيع الذهب بالفضة تبرا وعينا.

ومن أجمعها حديث عبادة بن الصامت -رضي الله عنه- عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبرُّ بالبر، والشعير بالشعير والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يدا بيد».

وفي رواية أبي سعيد الخدري- رضي الله عنه -: « فمن زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ والمعطي فيه سواء».[1]

فيجوز بيع النقد بالنقد مع التفاضل مناجزة عند اختلاف الجنس. كبيع دينار بدرهمين، ودولار بريالين، وما أشبه ذلك يدا بيد.

لكن عند اتحاد الجنس يشترط مع المناجزة التماثل كذلك، فلا يجوز بيع درهم بدرهمين، ولا دينار بدينارين ولو كان البيع يدا بيد.

وعليه، لما كان التسديد في المرابحة غالبا ما يكون مؤجلا امتنعت المرابحة في الوحدات النقدية، وكذا في الذهب والفضة إذا بيعا بجنسهما للعلة نفسها.

وبقيت صورة تستخرج بالمفهوم من المادة الخامسة، وتتعلق بحكم المرابحة إذا كان موضوعها الذهب أو الفضة المصوغين (الحلية)، وكان الثمن ذهبا أو فضة غير مصوغين، أو نقودا.

فجمهور الفقهاء قالوا بعدم جواز التفاضل والنسيئة في العين (الذهب والفضة) مهما اختلفت أشكالها، ومن ذلك المصوغ بغير المصوغ.[2]

وذهب ابن تيمية وتلميذه ابن القيم إلى القول بجواز بيع المصوغ من العين (الحلية) بغير المصوغ منها تفاضلا ونسيئة.

وهو قول مروي عن معاوية والحسن والشعبي، واختيار جماعة من أهل العلم.

1- انظر الروايتين في صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا. حديث رقم 3071، وحديث رقم 3072.

2- انظر: الكافي لابن عبد البر ص 302، شرح مسلم للنووي 10/11، وانظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث 1650/3 والعدد الخامس 1609/3

ودليلهم أن: «الحلية المباحة صارت بالصنعة المباحة من جنس الثياب والسلع لا من جنس الأثمان، ولهذا لم تجب فيها الزكاة، فلا يجري الربا بينها وبين الأثمان كما لا يجري بين الأثمان وبين سائر السلع».[1] وعليه، جاز بيع المصوغ من الذهب والفضة بجنسه تفاضلا، ويجعل الزائد في مقابلة الصنعة، سواء كان البيع حالا أو مؤجلا ما لم يقصد كونها ثمنا.[2]

فالحلية ترددت بين أصلين: أصل كونها «أثمانا»، وأصل كونها «زينة وعرضا».

وممن نص على ذلك ابن رشد، حيث قال عند حديثه عن اختلاف العلماء في إيجاب الزكاة في الحلي: «والسبب في اختلافهم تردد شَبَهِ بين العروض وبين التّبر والفضة اللتين المقصود منهما المعاملة في جميع الأشياء. فمن شبهه بالعروض التي المقصود منها المنافع أوّلا قال: ليس فيه زكاة، ومن شبهه بالتبر والفضة التي المقصود فيها المعاملة بها أوّلا قال: فيه الزكاة».[3]

وقال ابن العربي: «وإن كان حليا فقد اختلف علماؤنا فيه، هل تجري فيه أحكام الربا كلها كما تجري في الذهب والفضة أم لا؟ وهذا يستمد من بحر المقاصد، فإن كان عيناً في أصله، فأخرجه القصد والصياغة إلى باب العروض، وعضد الشرع هذا الأصل عندنا وعند الشافعي بتعيين حكم الشرع في إيجاب الزكاة فيه فأسقطها في الحلي حين تغيرت هيئته وخرج عن الذهب والفضة في هيئتهما والمقصود بهما، وهذا الدليل لا غبار عليه».[4]

فاقتضى استثناء الحلي من الزكاة -على رأي الجمهور- أن يستثنى من باب الصرف كذلك لخروجها من أصل «الثَّمنية» إلى أصل «الزينة والعروض والسلع».

أما عن جواز بيع الحلية بالنقود الورقية فإنه يُخرّج على مسلكين:

1- إعلام الموقعين 241/2

2- انظر: الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية لدى تلاميذه، ص 468، جمع وإعداد سامي بن محمد بن جاد الله، الناشر: مجمع الفقه الإسلامي - جدة.

3- بداية المجتهد ونهاية المقتصد 11/2.

4- ابن العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس 249/3-250

الأول: إذا قلنا بالتسوية بين النقود الورقية والذهب والفضة بدليل علة «الثمنية» المتوفرة فيهما معا، إذ هما أثمان للسلع وقيم للمتلفات (مخزن للقيمة)[1] فالقول بالجواز يكون بناءً على اعتبار الحلية سلعة وعرضا، وهو المرجح دليلا.

المسلك الثاني: إذا قلنا بأن العلة في الذهب والفضة كونهما ذهبا وفضة، فتكون علة قاصرة فيهما[2]وهي منتفية قطعا في النقود، فجاز البيع تفاضلا ونسيئة.

ولا يخفى ما في القول بالجواز من التيسير ورفع الحرج عن الناس-بائعين ومشترين- في زماننا، وتمكينهم من قضاء حاجاتهم من غير مصادمة لأحكام شريعة ربهم.[3]

المسألة السادسة: بيع العِينة

نص المشروع في المادة 10 أنه «**إذا كان دفع الثمن في عقد المرابحة آجلا فلا يمكن للمؤسسة إعادة شراء العين من العميل بثمن عاجل دون استيفاء الأقساط المتبقي أداؤها في عقد المرابحة. أو إعادة شراء العين من العميل لإعادة بيعها له قصد إعادة جدولة الدين مقابل الزيادة في الثمن**». وفي المادة 15: «**يجب على المؤسسة أن تشتري العين من طرف ثالث غير العميل أو وكيله في عقد المرابحة**».[4]

ومقتضى هاتين المادتين تجنيب البنك والمتعامل معه من الوقوع في بيع «العِينة».

والعينة في اللغة[5]: -بكسر العين- وتعني السّلف والشراء نسيئة. وسمّي البيع "عينة" لكون الحصول على العَين (النقد) هو المقصود أصالة.

واصطلاحا: قرض في صورة بيع لاستحلال الزيادة.[6]

1- انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 3، 1650/3 والعدد 5، 1609/3
2- الأوفق والأنسب والأرجح هو قول الجمهور بأن العلة في العين هي «الثمنية».
3- انظر: يونس رفيق المصري، أحكام بيع وشراء حلي الذهب والفضة. مجلة جامعة الملك عبد العزيز. ص 37-68، مجلد 9، س 1997م. رشيد بنكيران، بيع حلي الذهب متفاضلا ومؤجلا جائز ليس بحرام. منشور على موقع هوية برس، بتاريخ 31 مارس2019.
4- انظر المادتين في: منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية، عدد 6548، ص583
5- مختار الصحاح، مادة (عين) ص223. المصباح المنير، مادة (عين)ص227
6- انظر: حاشية الدسوقي 88/3، شرح الخرشي 105/5، مواهب الجليل 404/4

وصورتها: بيع سلعة بثمن إلى أجل معلوم، ثمّ شراؤها نفسها نقداً بثمن أقلّ. ويبقى الثمن الأول في ذمة المشتري يؤديه عند حلول الأجل.

وقد تُعكَس الصورة فيكون البيع نقدا، ثم يكون الشراء إلى أجل بثمن أعلى.

والفرق بين الصورتين يتجلى في الطرف المحتاج إلى النقد، إذ هو المشتري في الصورة الأولى، والبائع في الصورة الثانية.

وجمهور الفقهاء على منع التعامل بالعينة لكونها حيلة إلى الربا، وأجازها الشافعي لسلامة البيع ظاهرا.[1]

وقد أكّد معيار المرابحة قول الجمهور، حيث جاء فيه: "يجب على المؤسسة أن تتأكد أن الذي يبيع السلعة إليها طرف ثالث غير العميل أو وكيله. فلا يصح مثلا أن يكون العميل الآمر بالشراء هو نفسه أو وكيله المالك الأصلي للسلعة، أو أن تكون الجهة الموردة للسلعة مملوكة للعميل بما يزيد على النصف.

فإن وقع مثل ذلك البيع ثم تبين الأمر كانت العملية باطلة لأنها من بيع العينة»[2]

واستدل المانعون بأدلة نصية منها حديث ابن عمر -رضي الله عنهما- قال: «سمعتُ رسولَ اللَّه صلى الله عليه وسلم يقول: «إذا تَبايَعتُم **بِالعِينَةِ**، وأخَذْتُم أَذْنَابَ البَقَر، ورَضِيتُم بالزَّرْعِ، وتَرَكتُم الجهاد، سَلَّطَ اللَّهُ عَليكُم ذُلًّا لا يَنزِعُه حَتّى تَرجِعُوا إلى دِينِكُم»[3] وغيره من النصوص. واستدلوا أيضا بأصل سدّ الذريعة، فليس البيع في «العينة» إلا غطاء ووسيلة يُتوصّل بها إلى ربا النسيئة المحرّم شرعا.

كما نصت المادة العاشرة على عدم جواز جدولة الدين (تأجيل موعد الأداء) مقابل الزيادة فيه، لما في ذلك من ربا النسيئة المحرم.

وعليه، فما ورد في المادتين 10 و11 من منشور والي بنك المغرب موافق لرأي الجمهور -ومنهم المالكية- القائل بمنع صورتي «العينة».

1- انظر: بدائع الصنائع 5/ 198، المغني 4/ 132، الأم للشافعي 3/ 79

2- المعايير الشرعية ص 206

3- رواه أحمد في المسند.ح 4825، ورواه أبو داود في السنن، كتاب البيوع، باب في النهي عن العينة. ح3462. والحديث له طرق ثلاثة كلها ضعيفة. انظر: التلخيص لابن حجر 48/3

المسألة السابعة: هامش الجدية

نصت المادة 12 على أنه: "يمكن للمؤسسة أن تطلب دفع مبلغ نقدي يسمى "هامش الجدية" لضمان تنفيذ وعد العميل، وتحتفظ المؤسسة بهامش الجدية في حساب خاص، ولا يحق لها التصرف فيه، على ألا يتعدى هذا المبلغ نسبة من كلفة اقتناء العين من طرف المؤسسة يحددها بنك المغرب. إذا لم تسلم المؤسسة العين للعميل في الأجل المحدد وحسب الكيفيات والمواصفات المحددة في الوعد ينقضي الالتزام الناشئ عن الوعد، وللعميل أن يسترد هامش الجدية من المؤسسة في الحال، كما أن له أن يطالب المؤسسة بتعويض الضرر الفعلي المثبت الذي لحق به. كما أن للعميل أن يسترد هامش الجدية بمجرد إبرام عقد المرابحة، أو في حالة تراجع المؤسسة عن إبرام عقد المرابحة، وله في الحالة الأخيرة أن يطالب المؤسسة بتعويض الضرر الفعلي المثبت الذي لحق به".[1]

ما ورد في هذه المادة مطابق لما جاء في المعيار الشرعي رقم 8 الخاص بالمرابحة.[2]

- ✓ **هامش الجدية والعربون:**

يختلف "هامش الجدية" عن "العربون"، لأن "العربون" عند الفقهاء مبلغ من المال يدفعه العميل إلى البائع بعد العقد، على أن يكون جزءً من الثمن إن تمّت المبادلة فإن لم تتمّ يعود لصاحبه أو يأخذه البائع، على تفصيل عند الفقهاء.

أما «هامش الجدية» فهو المبلغ الذي يُدفع للبنك تأكيدًا على جدّية المتعامل في طلب السلعة، وإظهارا لقدرته على إتمام الصفقة.

ويكون المبلغ «أمانة» عند البنك لا يحق له التصرف فيه.

فإن عدَل المتعامل بعد تملك البنك للسلعة من غير عذر شرعي، فإن البنك يَجْبُر الضرر الفعلي الذي لحق به من هذا المبلغ، ويعيد الباقي إلى صاحبه. فإذا لم يفِ هامش الجدية بالضرر، فللبنك أن يطالب المتعامل بما تبقى من الخسارة.[3]

1- انظر: منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية، عدد 6548، ص584

2- انظر: المعايير الشرعية ص 208 - 209

3- المعايير الشرعية ص208

ويمكن للمتعامل بعد استرداد «مبلغه» أن يحتسبه جزء من ثمن المبيع.

وفي حال عدم وفاء المؤسسة بالتزاماتها ينقضي «الوعد بالشراء» وما تضمنه، ويمكن للمتعامل مطالبتها بتعويض عن الأضرار الفعلية التي لحقت به.

ويختلف مقدار «هامش الجدية» في البنوك التشاركية، فبينما يحدده «بنك الصفاء» و«بنك اليسر» في حدود 10% من ثمن العقار، نجد «بنك أمنية» يحدده في 5%.

فيمكننا إذن أن نعتبر «هامش الجدية» نوعا من الضمان المشروع. وهو ما نصت عليه المادة 8 السابقة. وهذه «الضمانات» قد تكون قبلية كما في «هامش الجدية» أو بَعدية كما في «رهن المبيع» بعد العقد، أو مرافقة للعقد كما في «التأمين التجاري» الذي يجب استبداله بالتأمين التكافلي عاجلا غير آجل.

المسألة الثامنة: التعويض عن الضرر (الشرط الجزائي)

جاء في المادة 9: «**يجوز أن ينص عقد المرابحة على أنه في حال توقف العميل عن التسديد، دون عذر معتبر شرعا يجب عليه:**

-دفع جزء أو كل ما تبقى من أقساط الثمن في ذمته بعد توصله بإشعار مضمون من المؤسسة أو بعد انقضاء مدة محددة أو تلقائيا فور التوقف عن التسديد.

-دفع تعويض عن الأضرار الفعلية التي لحقت بالبنك بسبب توقفه عن الأداء بعد إثبات ذلك في حدود ما تبقى من الثمن في ذمته». [1]

و جاء في المادة 13: «**في حالة عدم وفاء العميل بوعده بالشراء يجوز أن تقتطع المؤسسة من هامش الجدية مبلغا لا يتجاوز مقدار الضرر الفعلي المثبت الذي تحملته من جراء ذلك، دون المطالبة بأي مبلغ إضافي».**[2]

يستفاد من المادتين وجود حالتين تستوجبان التعويض:

الحالة الأولى: عندما يتوقف العميل عن سداد الثمن تماطلا بغير عذر معتبر شرعا.

1- انظر: منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية، عدد 6548، ص583

2- انظر: منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية، عدد 6548، ص584

ففي هذه الحالة يُلزم بدفع جزء أو كل ما تبقى في ذمته من الثمن، مع دفع تعويض عن الأضرار الفعلية المثبتة التي لحقت بالبنك، ويكون التعويض عن الضرر في حدود ما تبقى من الثمن وليس كل الثمن.

الحالة الثانية: عند نكول العميل عن وعده بالشراء، يقتطع البنك من «هامش الجدية» ما يعوض به الضرر الذي تكبده من غير زيادة.

ويتمثل التعويض في الفارق بين ثمن شراء السلعة وثمن بيعها من طرف البنك.

والأصل في تعامل المؤمن الوفاء بالتزاماته وعهوده، ولذلك اعتبر الشرع المماطلة من الظلم المحرم، لما فيها من إخلال بالواجب، وتضييع لحقوق الغير وإهدار لمصالحهم وما يترتب عن ذلك كله من فقدان للثقة بين المتعاملين وتعطيل للدورة الاقتصادية.

روى عمرو بن الشريد عن أبيه -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: «لَيُّ الواجد يُحِلُّ عِرضَه و عقوبتَه»[1]واللّيُّ: المماطلة.

وعن أبي هريرة-رضي اللَّه عنه- أنّ رسول اللَّه صلَّى اللَّهُ عليه وسلَّم قال: "مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ، فَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتْبَع".[2]

فلا جدال في أحقية المتضرر بمطالبة المتسبب في ضرره بالتعويض المنصف من غير تعسف، وله أن يشترط ذلك وينص عليه في العقد.

ويستأنس في ذلك بما أخرجه الإمام البخاري عن ابن سيرين أن رجلا قال لكَرِيّه: أدخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه.»[3]

ولا يختلف عاقلان في كون نكول المتعامل عن وعده بعد تملك البنك للعين سيُدخل البنك في «كُلفة» ويُحمّله تبعات جرّاء الصفقة. لذلك شُرِع له الاقتطاع من «هامش الجدية» ما يعوض به ضرره المثبَت، تقليلا للمخاطر عن المؤسسة.

1- رواه البخاري تعليقا، كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب لصاحب الحق مقال. ورواه أبو داود، كتاب الأقضية، باب في الحَبْس في الدين وغيره. ح3198.

2- رواه البخاري في الصحيح، كتاب الحوالات، باب الحوالة وهل يرجع في الحوالة.ح2194

3- انظر: صحيح البخاري 981/2، طبعة دار ابن كثير - بيروت.

لكن، عندما يتعلق الأمر بالدّين فقد نقل ابن المنذر وغيره إجماع أهل العلم على منع اشتراط الزيادة عند تأخر السداد، لأنه ربا الجاهلية عينه.[1]

وقال الإمام الحطاب: «إذا التزم المدعى عليه (المدين) للمدعي: أنه إذا لم يوفه حقه في كذا فله عليه كذا وكذا، فهذا لا يختلف في بطلانه، لأنه صريح الربا، سواء أكان الشيء الملتزم به من جنس الدين، أم غيره، وسواء أكان شيئاً معيناً أم منفعة».[2]

وهذا ما أفتى به الاجتهاد المعاصر، فقد جاء في المعيار الشرعي رقم 3: «لا يجوز اشتراط التعويض المالي نقدا أو عينا، وهو ما يسمى بالشرط الجزائي، على المدين إذا تأخر عن سداد الدين، سواء نص على مقدار التعويض أم لم ينص، وسواء كان التعويض عن الكسب الفائت (الفرصة الضائعة) أم عن تغير قيمة العملة» و» لا تجوز المطالبة القضائية للمدين المماطل بالتعويض المالي نقدا أو عينا عن تأخير الدين».[3]

فالشرط الجزائي جائز في كل العقود المالية عند جماهير أهل العلم، ما عدا التي يكون الالتزام الأصلي فيها دينا، تجنبا للوقوع في الربا.

وذهب بعض المعاصرين[4] إلى جواز اشتراط التعويض ولو على الديون عند وقوع الضرر. واستدلوا بأن عقوبة المماطل لا تنحصر بالحبس وشكايته، بل تعم وتشمل دفع الضرر، وذلك بإلزامه دفع الغرامة المالية لما ألحق من ضرر مادي بالدائن.

فالمماطل غاصب مطالب بضمان ما فات على الدائن من منفعة محققة أو متوقعة.

جاء في قرار هيأة كبار علماء السعودية بالإجماع « أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر، يجب الأخذ به، ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعا، فيكون العذر مسقطا لوجوبه حتى يزول. وإذا

1- انظر: الإجماع لابن المنذر ص 136. وانظر: تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص 176

2- الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص176 دار الغرب الإسلامي، ط1، 1984م

3- المعايير الشرعية ص 93 وانظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 2، 873/2

4- انظر: عبد الله بن المنيع، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، ص23، العدد .12 الصديق الضرير، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي ص112، عدد1، مجلد3. مصطفى الزرقا، مجلة أبحاث الاقتصاد الاسلامي، العدد الثاني، المجلد الثاني ص.97 الصديق الضرير، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي عدد1 مجلد3، ص112

كان الشرط الجزائي كثيرا عرفا بحيث يراد به التهديد المالي ويكون بعيدا عن مقتضى القواعد الشرعية، فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة، أو لحق من مضرة».[1]

ونوقش هذا الرأي المجيز بكون هذا الاشتراط لا يصح، لأنه يؤول إلى طلب تعويض (زيادة) نظير التأخير فحسب، وهو ربا الجاهلية المعلوم.

وحق الدائن يمكن استيفاؤه بإلزام المدين المماطل وإجباره وتعزيره.

ثم صدر رأي من «الأيوفي» يقول بجواز إلزام المماطل بالتصدق بمبلغ أو نسبة من الدين تُصرف إلى جهات البرّ والخير عن طريق المؤسسة بالتنسيق مع هيئة رقابتها الشرعية، ولا يحق للمؤسسة الاستفادة منه.[2]

واعتبرته من قبيل الالتزام بالتبرع عند المالكية، وهو قول أبي عبد الله بن نافع ومحمد بن إبراهيم بن دينار».[3]

وهذا الرأي لا يُسلَّم لأصحابه، فتلك «الصدقة» تعتبر مقابل «الإنظار»، فلا تخرج عن صورة «أنظرني أزدك» المحرّمة. والمؤسسة تستفيد من الزيادة بوجه من الوجوه.

لذلك اقتُرِحت حلول أخرى للحدّ من تماطل المدينين وما يسببه ذلك من مشاكل للبنوك الإسلامية (التشاركية)، ومن ذلك اشتراط الضمانات الكافية كالكفالة والرهن... مع دراسة الجدوى والملف مسبقا، واختيار المتعامل المناسب.

بعد هذه المناقشة في مسألة التعويض عن الضرر يتبين أن تنصيص المنشور على جواز التعويض عن الضرر في حال توقف سداد الثمن يعتبر مخالفا للقول الراجح لجماهير أهل العلم.

وتجدر الإشارة إلى أن المادتين نصتا على جبر الضرر عند التوقف عن السداد لغير عذر شرعي، أو عند الإخلاف بالوعد. لكنهما لم تتحدثا عن الإجراءات في حال التوقف عن السداد لعذر شرعي، أو إخلاف الوعد لمانع معتبر.

1- انظر: مجلة البحوث الإسلامية ص 59- 144، العدد الثاني عام 1395 هـ.

2- المعايير الشرعية ص 95، وص217.

3- انظر: المعايير الشرعية ص 266، تحرير الكلام للحطاب ص71- 76

والأولى في هذه الحالة التعامل وفق مبدأ «**إنظار المعسر**». أو تطبيق «**أحكام الإفلاس**» إذا كان سبب التوقف هو الإفلاس.

المسألة التاسعة: الوعد بين الخياروالإلزام

جاء في المادة 11 السابقة: « **يمكن أن يسبق عقد المرابحة وعد أحادي بالشراء من طرف العميل ملزم له بمجرد امتلاك المؤسسة للعين**».

وجاء في المادة 14: «**لا يجوز أن يقترن الوعد الأحادي بالشراء الصادرعن العميل بوعد ملزم بالبيع صادرعن المؤسسة لفائدة العميل**».[1]

من الأدلة التي استدل بها المانعون لبيع المرابحة للآمر بالشراء كونه تضمن **وعدا ملزما** للمتعامل، والوعد لا إلزام فيه قضاءً.

واختار المشرع المغربي القول بالوعد الأحادي الملزم بالشراء في حق العميل بمجرد تملك المؤسسة للمبيع، بينما اختار عدم الإلزام بالبيع في حق المؤسسة (البنك) بعد التملك. وذلك حذرا من الوقوع في المواعدة الملزمة من الطرفين، والتي تتنزل منزلة العقد فتؤدي إلى بطلانه لعلة عدم تملك البنك للعين أثناء المواعدة.

وسنقف في هذه المسألة مع الوعد، بيانا لمفهومه وأحكامه.

✓ **مفهوم الوعد وأحكامه:**

مفهوم الوعد: الوعد في اللغة:[2] مصدر، من وَعد يعِد عِدةً ووَعداً، ويطلق على العهد. وفي الاصطلاح: إخبار عن إنشاء المخبر معروفا في المستقبل.[3]

حكم الوعد: اختلف الفقهاء في حكم الوعد (العدة) على ثلاثة أقوال، وهي:

الأول: لجمهور الفقهاء، ومفاده أن الوفاء بالوعد مطلوب ديانة لا قضاء.

قال ابن عبد البر: «وقال أبو حنيفة وأصحابه والأوزاعي والشافعي وعبيد الله بن الحسين وسائر الفقهاء: أما العدة فلا يلزمه فيها شيء لأنها منافع لم يقبضها في العارية

1- انظر: منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية، عدد 6548، ص584

2- انظر: القاموس المحيط، مادة (وعد)، مختار الصحاح مادة (وعد).

3- انظر: حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع 560/2

لأنها طارئة، وفي غير العارية أشخاص وأعيان موهوبة لم تقبض، ولصاحبها الرجوع فيها».[1]

ودليلهم: أنَّ الالتزام بالعهد من مكارم الأخلاق، وأن الخُلف بالعهد من صفات المنافقين لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «آية المنافق ثلاث: إذا حدّث كذب وإذا وعد أخلف وإذا اؤتمن خان».[2]

وللتحذير من الوقوع في الخلف بالعهد في قوله تعالى: ﴿يا أَيُّها الذين آمَنُوا لِمَ تقُولونَ ما لا تفعلُون كَبُر مقْتًا عِند اللهِ أَن تقولُوا ما لا تفعَلُون﴾[الصف،2-][3].

الثاني: لفقهاء المالكية، حيث اعتبروا الوعد ملزما قضاءً إذا ذُكر فيه سبب ودخل الموعود تحت التزام مالي بمباشرة ذلك السبب.[3]

قال **سحنون**: الذي يلزم من الوعد، قوله: اهدم دارك وأنا أسلفك ما تبني به، أو أخرج إلى الحج وأنا أسلفك، أو اشتر سلعة، أو تزوج امرأة، وأنا أسلفك، لأنك أدخلته بوعدك في ذلك، أما مجرد الوعد فلا يلزم الوفاء به، بل الوفاء به من مكارم الأخلاق. وقال **أصبغ**: يقضى عليك به تزوج الموعود أم لا، وكذا أسلفني لأشتري سلعة كذا لزمك، تسبب في ذلك أم لا. والذي لا يلزم من ذلك أن تعده من غير ذكر سبب، فيقول لك أسلفني كذا فتقول نعم...وإن وعدت غريمك بتأخر الدين لزمك، لأنه إسقاط لازم للحق سواء قلت له أؤخرك أو أخرتك، وإذا أسلفته فعليك تأخيره مدة تصلح لذلك».[4]

وقال القرافي موجها للأدلة:[5]» وجه الجمع بين الأدلة المتقدمة التي يقتضي بعضها الوفاء به، وبعضها عدم الوفاء به، أنه إن أدخله في سبب يلزم بوعده لزم كما قال مالك وابن القاسم وسحنون، أو وعده مقرونا بذكر السبب كما قاله أصبغ لتأكد العزم على

1- التمهيد 209/3، وانظر: المحلى لابن حزم 28/8، تحرير الكلام للحطاب ص 154

2- رواه البخاري في الصحيح، كتاب الإيمان، باب علامة المنافق.ح(33)، ورواه مسلم في الصحيح، كتاب الإيمان، باب بيان خصال المنافق.ح(59)

3- في المذهب أقوال أربعة. مشهورها ما ذكرته. انظر: فتاوي عليش 239/1-242

4- انظر: الفروق 1141/4 - 1142

5- خص الإمام القرافي المسألة بفرق خاص. انظر: الفروق 1138/4- 1142.كما تناول العلامة عليش المسألة بتفصيل في فتاويه. انظر: فتاوى عليش 239/1- 242

الدفع حينئذ، ويحمل عدم اللزوم على خلاف ذلك». والمعتمد في مذهب الأحناف أن الوعد إذا كان مُعَلَّقًا على شرط يصبح لازم الوفاء به، فالقاعدة الفقهية عندهم: «المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة».[1]

القول الثالث: لجمع من أهل العلم، منهم الصحابي الجليل سمرة بن جندب والإمام الحسن البصري، والخليفة الراشد عمر بن عبد العزيز، والقاضي ابن الأشوع والفقيه ابن شبرمة، وغيرهم. ومفاد هذا القول وجوب الوفاء بالوعد مطلقا.[2]

وترجم الإمام البخاري في كتاب الشهادات من الصحيح **«باب من أمر بإنجاز الوعد»** وذكر منهم بعضا ممن ذَكرنا، ثم أورد أربعة أحاديث في الباب.[3]

وقال ابن شبرمة: « الوعد كله لازم، ويقضى به على الواعد ويجبر».[4]

وقال ابن الشاط معقبا على قول القرافي في الفروق: «الصحيح عندي: القول بلزوم الوفاء بالوعد مطلقا، فيتعين تأويل ما يناقض ذلك».[5]

هذا عن الوعد الأحادي التبرعي (العِدَة)، الذي خصّه الفقهاء ب»إنشاء **معروف** في المستقبل».

أما الوعد التجاري أو الوعد في المعاوضات- وهو المقصود في «المرابحة»- فيعبر عنه الفقهاء ب»المواعدة» تمييزا له عن الوعد الخيري الأحادي.

قال العلامة الحطاب: «المواعدة أن يعد كل واحد منهما صاحبه بالتزويج فهي مفاعلة، لا تكون إلا من اثنين، فَإِنْ وعد أحدهما دون الآخر، فهذه العدةُ».[6]

1- انظر: درر الحُكَّام شرح مجلة الأحكام ص 87
2- انظر: تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص 154
3- انظر: فتح الباري 290/5
4- انظر: المحلى لابن حزم 28/8
5- انظر: إدرار الشروق على أنواء الفروق، مطبوع بهامش الفروق 57/3
6- مواهب الجليل 413/3

ولم ينقل عن الفقهاء القول بالإلزام في المواعدة، بينما نجد المعاصرين اختلفوا في حملها على الخيار أو حملها على الإلزام، واستصحبوا الخلاف الذي سبق إيراده في الوعد الخيري التبرعي (العدة).

فمجمع الفقه الإسلامي رجّح رأي المالكية، فقرر أن الوعد يكون ملزما للواعد ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقا على سبب ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد. ويكون الإلزام إما بتنفيذ الوعد وإما بالتعويض عن الضرر الفعلي[1]

واختارت معايير «الأيوفي» الرأي نفسه حيث اعتبرت الوعد خارجا عن لوازم المرابحة والاتفاق العام، وأن «المواعدة» بين الطرفين ينبغي أن لا تكون ملزمة، ويشترط فيها الخيار لهما أو لأحدهما.[2]

لكن إذا ارتبط الوعد بسبب ودخل الموعود في كلفة نتيجة ذلك الوعد يصبح ملزما قضاءً، ومن ذلك وَعْدُ الآمر بالشراء في المرابحة.[3]

الخلاصة:

اختار المشرع المغربي في مسألة الوعد الأخذ بالرأي القائل بالإلزام في حق المتعامل بعد تملك البنك للعين، تقليلا للمخاطر وجبرا للضرر الواقع، واستئناسا بقول المالكية القائل بالإلزام عند دخول الموعود في التكلفة بسبب الوعد، والذي رجحه المجمع الفقهي. كما أن المشرع اعتبر الوعد من المؤسسة غير ملزم، احتياطا من الوقوع في المواعدة الملزمة من الطرفين، والتي تعدّ بمثابة العقد، فيؤول الأمر إلى بطلان المعاملة لتضمنها بيع ما لا يملك.

لكن، عندما نتأمل المادة 12 نجدها تتحدث عن التزام ناشئ عن الوعد، وأنه يحق للمتعامل في حال عدم الوفاء من المؤسسة مطالبتها بالتعويض عن الضرر الذي لحق به بشرط إثباته.[4] فهو إذن «التزام» وإن لم يُصرَّح باعتباره وعدا ملزما.

1- انظر: مجلة المجمع، العدد الخامس، الجزء الثاني ص 753 و ص965
2- المعايير الشرعية ص 205 - 206
3- المعايير الشرعية ص 1190 - 1191- 1194
4- انظر: منشور والي بنك المغرب، ص 5، الجريدة الرسمية، عدد 6548

ولذلك، رأى د. نزيه حماد أن التكييف الدقيق والصحيح للمرابحة هو أنها مواعدة ملزمة للطرفين بشرط تملك المؤسسة للعين. فهي بيع معلق بشرط.[1]

المسألة العاشرة: بيع وشرط

في مسألة الوعد السابقة رأينا بأن "المرابحة" يسبقها وعد أحادي ملزم بشرط تملك البنك للعين. أو على رأي د. حماد نزيه السابق فالمرابحة مواعدة ملزمة بشرط تملك العين. ولهذا الاعتبار عدَّ المانعون "المرابحة" من باب **البيع المعلق بشرط.**

وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط.[2] كما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحُاقَلة والمزابنة والمخَابرة وَالمعُاومَةِ **والثُّنْيَا**، ورَخَّصَ في العَرَايا».[3]

والثنيا: هي البيع مع شرط[4] أو هي البيع مع شرط خاص، يتمثل في حق البائع في استرجاع السلعة وردّ الثمن في أي وقت شاء.[5]

وجاء في حديث جابر -رضي الله عنه- أن الرسول الله صلى الله عليه وسلم ابتاع منه بعيرًا، وشرط ظهره إلى المدينة.[6]

واختلف أهل العلم في فهم تلك الأحاديث وتوجيهها جمعا أو ترجيحا.

ويقصد بالبيع المعلق على شرط: كل بيع عُلِّق انعقاده بأمر مستقبلي غير محقق الوقوع. فإن تحقَّق ذلك الأمر (الشرط) انعقد البيع، وإن لم يتحقق لم ينعقد.

ومعلوم أن العقد هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه يظهر أثره في المحل، وأن هذا الأثر ينبغي أن يكون موافقا للشرع ومحققا لمقصد المتعاقدين من التعاقد.

1- انظر بحثه القيم «التعليق بالشرط في عقدي البيع والهبة وأثره في تطوير منظومتي المرابحة للآمر بالشراء والإجارة المنتهية بالتمليك» ص 35-36، المقدم لمؤتمر شورى الفقهي2017.

2- رواه الطبراني في الأوسط 334/4 قال ابن تيمية: حديث باطل. الفتاوى 63/18

3- رواه مسلم، كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة..ح2958

4- المقدمات الممهدات لابن رشد 64/2

5- وعلى هذا التفسير أكثر المالكية. انظر: مدونة الفقه المالكي للغرياني 442/3

6- صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب إذا شرط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز.ح2596، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه.ح3098

ولذلك قسّم أهل العلم الشروط التي يمكن أن يتلبس بها العقد إلى ثلاثة أنواع:

الأول: شروط يقتضيها العقد وتعدّ من لوازمه، واشتراطها تحصيل حاصل.

الثاني: شروط لا يقتضيها العقد، لكنها تلائمه ولا تخرج عن مصلحته.

الثالث: شروط تحقق مصلحة للمتعاقدين أو لأحدهما، وليست من مقتضى العقد.

واتفق الفقهاء على صحة الشروط في النوعين الأولين[1]واختلفوا في النوع الثالث. ويمكن حصر الآراء في رأيين اثنين:

الرأي الأول: يمنع اجتماع الشروط مع البيع، وهو لجمهور الفقهاء.[2] ودليلهم ظواهر النصوص، وعلة الغرر.

الرأي الثاني: للمالكية و هو رواية عن الإمام أحمد رجحها ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، ومفاده الجواز ما لم يكن الشرط ممنوعا شرعا.[3]

قال ابن القيم: «ليس في الأدلة الشرعية ولا القواعد الفقهية ما يمنع تعليق البيع بالشرط، والحقُّ جوازُه، فإن المسلمين على شروطهم إلا شرطاً أحلَّ حراماً أو حرَّمَ حلالاً».[4]

وصحح المالكية الشروط في البيع، إلا شرطا نُصَّ على تحريمه، أو تضمّن غررا في الثمن أو المثمن، أو أدّى اشتراطه إلى الربا.

جاء في شرح التحفة: «إذا اشترط البائع أنَّ عقد البيع متوقفٌ على دفع الثمن فإن البيعَ لا ينعقد إلا بِدَفْعه».[5]

وحمل المالكية حديث النهي عن بيع وشرط على وجهين، أحدهما: الشرط الذي يناقض مقتضى العقد. والثاني: الشرط الذي يعود بخلل في الثمن.[6]

1- انظر: شرح الخرشي 80/5، المجموع للنووي 364/9، المغني لابن قدامة 170/4
2- انظر: بداية المجتهد 4/5-5، المجموع 341/9، المغني 599/ 5
3- انظر: بداية المجتهد 5/5، الاختيارات الفقهية ص123، بدائع الفوائد 96/4
4- انظر: بدائع الفوائد 96/4
5- انظر: شرح ميارة 281/1
6- انظر: مواهب الجليل 373/4

فالضابط في اعتبار الشرط أو إلغائه عند المالكية يرجع إلى مقدار ما يتضمنه من صنفي الفساد الذي يُخِلّ بصحة البيوع وهما الربا والغرر.[1]

وعليه، فلا مانع ما اجتماع بيع وشرط إذا خلا الشرط من الموانع السابقة.

الخلاصة:

لقد عمل المشرّع المغربي على تفادي الوقوع في صورة البيع المعلق بشرط - بما فيه من خلاف - عندما نَصَّ على أن المواعدة ملزمة من طرف واحد وبعد تملك البائع للعين.

وعلى فرض كونها مواعدة ملزمة من الطرفين بشرط تملك العين فقد رأينا بأن ذلك الشرط لا يضرّ، لأنه لا يؤدي إلى غرر أو ربا.

المسألة الحادية عشرة: بيعتين في بيعة

جاء في المادة 14: **"يعتبر الوعد الأحادي بالشراء الصادر عن العميل وعقد شراء العين من طرف المؤسسة، وعقد المرابحة ثلاث وثائق منفصلة، ولا يجوز اشتراط عقد المرابحة في عقد شراء العين من طرف المؤسسة".**[2]

فهذا نص واضح على وجوب الفصل بين العقود الثلاثة التي تتركب منها صورة "المرابحة"، وتأكيد على عدم صحة اشتراط "المرابحة" في عقد شراء العين.

وذلك تجنبا للوقوع في محذور "بيعتين في بيعة"، و"بيع وشرط".

وقد ورد في السنة نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة.[3]

وفي لفظ آخر:" من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا".[4]

1- انظر: بداية المجتهد 5/5

2- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 584، الجريدة الرسمية عدد 6548.

3- رواه مالك في الموطأ بلاغا، كتاب البيوع، باب النهي عن بيعتين في بيعة.ح(2444) ورواه ابن حبان، كتاب البيوع، باب البيع المنهي عنه.ح(4973)

4- رواه الحاكم في المستدرك، كتاب البيوع.ح(2292). قال الحاكم: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ووافقه الذهبي. ورواه ابن حبان، كتاب البيوع، باب البيع المنهي عنه.

قال الإمام ابن أبي زيد:" بيعتان في بيعة: وذلك أن يشتري سلعة ما بخمسة نقدا وعشرة إلى أجل قد لزمته بأحد الثمنين".[1]

فهي بيع مثمون بأحد ثمنين مختلفين قد لزم بأحدهما. أو هي بيع أحد مثمونين بثمن واحد، كأن يقول بعتك أحد هذين الثوبين بكذا على أن البيع قد لزم في أحدهما.[2]

فتكون علة المنع هي الجهالة المترتبة على عدم تحديد الثمن أو المثمن.

وبذلك يتجلى بُعد حقيقة المرابحة عن "البيعتين في بيعة" المنهي عنهما.

فلا جهالة في المرابحة، حيث يشترط فيها -كما رأينا- أن يكون الثمن والمثمون (العين المراد شراؤها) محدَّدين بدقة ووضوح.

كما أن الوثائق المكونة لعقد المرابحة منفصلة ومستقلة عن بعضها البعض.[3]ولا يشترط بعضها في بعض، ويراعى الترتيب الزمني لكتابتها وتوثيقها. والوثائق هي: وثيقة الوعد بالشراء، ثم وثيقة شراء البنك للعين، ثم وثيقة بيع البنك للمتعامل.

المسألة الثانية عشرة: الكالئ بالكالئ

من أدلة المانعين للمرابحة أنها تدخل في بيع الكالئ بالكالئ المنهي عنه. وقد سبق بيان أن البنك لا يبيع العين للمتعامل إلا بعد تملكها وقبضها حقيقة أو حكما.

وسنبين معنى "الكالئ بالكالئ" وحكمه ومشمولاته.

1- الرسالة ص 215، وانظر: مختصر خليل ص 176، سنن الترمذي 533/3، سنن البيهقي 343/5، سنن النسائي 43/4.
2- انظر: القوانين الفقهية ص 170.
3- انظر في مسألة اجتماع العقود ص 101 - 105 من هذا الكتاب.

عن ابن عمر -رضي الله عنهما-: أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ.[1]

وهذا الحديث على الرغم مما قيل فيه من جهة سنده، فقد تلقته الأمة بالقبول واعتبره الأئمة واعتمدوه في العمل.

قال ابن عرفة:" تلقي الأئمة هذا الحديث بالقبول يغني عن طلب الإسناد فيه، كما قالوا في (لا وصية لوارث)".[2]

وقال الإمام مالك:" وقد نُهي عن الكالئ بالكالئ".[3]

وقال ابن رشد:" فأما النسيئة من الطرفين فلا يجوز بإجماع، لا في العين ولا في الذمة، لأنه الدين بالدين المنهي عنه".[4]

- ✓ **معنى الكالئ بالكالئ:**

الكالئ من الكلاءة -بكسر الكاف- وهي: الحفظ والحراسة. وقيل في تفسيره: إنه مجاز في إسناد معنى الفعل للملابسة، فحق الكلاءة أن تسند للشخص، بأن يقال: وكدَين كالئ صاحبُه، فأسندت للدّين للملابسة التي بين الدين وصاحبه. وقيل: هو بمعنى مكلوء، فهو مجاز مرسل من إطلاق اسم الفاعل وإرادة اسم المفعول لعلاقة اللزوم، لأنه يلزم من الحافظ المحفوظ وعكسه.

وقيل: في الكلام حذف، وتقديره: بيع مال الكالئ.[5]

1- رواه الحاكم في المستدرك، كتاب البيوع.ح2342، ورواه الدارقطني في السنن، كتاب البيوع. ح269، ورواه ابن أبي شيبة في المصنف، كتاب البيوع والأقضية، من كره أجلا بأجل.ح22127. قال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، ووافقه الذهبي، وقال ابن حجر: ووقع في رواية الدارقطني موسى بن عقبة وهو غلط واغتر بذلك الحاكم فصحح الحديث. انظر: ابن حجر، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق عبد الله هاشم اليماني. وهذا الحديث ضعفه علماء الحديث. انظر: الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، تحقيق محمد عوامة، مؤسسة الريان،بيروت، ط1، 1418هـ/1997م

2- انظر: المواق، التاج والإكليل 367/4، دار الفكر، بيروت، ط2 / 1398هـ

3- الموطأ، كتاب البيوع، باب جامع بيع الثمر.

4- بداية المجتهد 102/2 الإجماع لابن المنذر ص117

5- انظر: حاشية الدسوقي 61/3، الفروق للقرافي 1075/3

والكالئ بالكالئ في اللغة، معناه: النسيئة بالنسيئة. والنسيئة هي التأخير.[1]

وحقيقته: بيع شيء في ذمة، بشيء في ذمة، سابق تقرر أحدهما على الآخر.[2]

وصوره ثلاثة: بيع الدين بالدين، وابتداء الدين بالدين، وفسخ الدين في الدين.

- بيع الدين بالدين: وهو بيع دين مؤخر سابق التقرر في الذمة لغير المدين، بثمن موصوف في الذمة مؤجل. ومن صوره كما قال الإمام مالك:" أن يبيع الرجل دينا له على رجل بدين على رجل آخر".[3]

وعلة منعه كونه يوصل إلى المنازعة والمخاصمة التي يبغضها الشارع، والناجمة عن عدم القدرة على التسليم.

قال الشهاب القرافي في بيان شروط السلم: "المسألة الأولى: الحذر من بيع الدين بالدين، وأصله نهيه عليه السلام عن بيع الكالئ بالكالئ. وهاهنا قاعدة: وهي أن مطلوب صاحب الشرع صلاح ذات البين، وحسم مادة الفساد والفتن، حتى بالغ في ذلك بقوله عليه السلام:" لن تدخلوا الجنة حتى تحابوا" وإذا اشتملت المعاملة على شغل الذمتين توجهت المطالبة من الجهتين، فكان ذلك سببا لكثرة الخصومات والعداوات، فمنع الشرع ما يفضي لذلك، وهو بيع الدين بالدين".[4]

- ابتداء الدين بالدين: وهو بيع دين مؤخر لم يكن ثابتا في الذمة بدين مؤخر كذلك. وصورته تأخير رأس مال السلم العين أكثر من ثلاثة أيام.

والمشهور في المذهب جواز تأخير اليومين والثلاثة كما سيأتي بيانه في صيغة السلم.

ويرى د. نزيه حماد جواز ابتداء الدين بالدين في عصرنا الحاضر، للحاجة إليه خصوصا بالنسبة لطائفة التجار والصناعيين والمقاولين.

1- انظر: مادة (كلأ) في لسان العرب، مقاييس اللغة، النهاية في غريب الحديث194/4
2- انظر: حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع 348/2
3- انظر: الموطأ 954/4، والمنتقى شرح الموطأ للباجي 33/5
4- الفروق للقرافي 1075/3

واستدل بأن الحاجة الخاصة تنزل منزلة الضرورة في إباحة المحظور، وذلك ما دام قائما بمعياره الشرعي، فإذا انتفى عاد الحكم الأصلي للعقد وهو الحرمة والمنع.[1]

- فسخ الدين بالدين: وهو أشد الثلاثة تحريما، لأنه من ربا الجاهلية المحرم.

وهو: بيع دين مؤخر سابق التقرر في الذمة للمدين إلى أجل آخر بزيادة عليه.[2] فتبين مما سبق سلامة "المرابحة" من هذا المحذور الشرعي، فعلى الرغم من كون الثمن مؤجلا في الذمة، فإن المثمون **عين مُتملَّكة مَحوزة** وليست في الذمة.

خلاصة صيغة «المرابحة»:

بعد هذه الوقفات الفقهية يتبين أن "المرابحة للآمر بالشراء" كما قنّنه قانون مؤسسات الائتمان لم يخرج عن الاجتهاد الفقهي المعتبر، سواء تعلق الأمر بالمدرسة المالكية، أم بغيرها من المدارس المعتدّ بها في التفقه والفتوى قديما وحديثا.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرّع المغربي تحوّط في بعض القضايا والمسائل، وحاول تجنب "الخلاف" ما أمكن. لكن بالمقابل نجده اختار رأيا مخالفا لما عليه جماهير أهل العلم، كما في مسألة "التعويض عن توقف سداد الثمن".

بعد هذه الإشارة أسجل هذه الملاحظات:

الأولى: حاجة صيغة "المرابحة" إلى مواكبة تشريعية عاجلة، تساعد في تخفيض "التكلفة" وتشجع الإقبال على المالية التشاركية، وتسهم في تلبية رغبات فئات واسعة من الذين أرهقهم سندان "الغلاء" ومطرقة "الربا".

الثانية: العمل على تسريع تفعيل "التأمين التكافلي" رفعا ودفعا **لغرر** التأمين التجاري المنهي عنه شرعا.

الثالثة: على الرغم مما حققته صيغة "المرابحة للآمر بالشراء" من فوائد وثمرات، فلا ينبغي أن يقتصر عليها في التمويل التشاركي -كما هو واقع الحال العملي في التجربة

1- نزيه كمال حماد، بيع الكالئ بالكالئ في الفقه الإسلامي ص31.29، مطابع جامعة الملك عبد العزيز، ط1، 1406هـ/1986م

2- القاضي عياض، مشارق الأنوار على صحاح الآثار 340/1

المغربية- بل ينبغي فتح المجال لباقي الصيغ التي قننها المنشور لأخذ مكانها في المالية التشاركية.

المبحث الثاني: صيغة «إجارة»

خصص منشور والي بنك المغرب الباب الثالث لعقد الإجارة، فعرفها وبيّن أحكامها وأنواعها.[1]

المطلب الأول: مفهوم الإجارة

أولا: التعريف القانوني للإجارة:

جاء في المادة 16: **"يقصد بعقد الإجارة كل عقد تضع بموجبه مؤسسة منقولا أو عقارا محددا في ملكيتها عن طريق الإيجار تحت تصرف عميل قصد استعمال مشروع".**[2]

فقد نصت المادة على أن الإيجار يقع على منافع الأعيان (المنقول والعقار) المملوكة للمؤسسة، للاستعمال المشروع. ولم تتطرّق لإيجار منافع الإنسان.

ثانيا: التعريف الفقهي للإجارة:

الإجارة في اللغة: تطلق على معنيين، الأول: الأجرة، وهي: ما أَعطيت من أجر في عمل. والثاني: جبر العظم الكسير، يقال: أُجِرَت يدُه وأَجَرَت. والجامع بين المعنيين: أن أجرة العامل كأنها شيء يجبر به حاله فيما لحقه من كدّ فيما عمله[3]

أما في الاصطلاح، فقد عرفها الفقهاء بتعريفات كثيرة متقاربة في المعنى وإن اختلفت في العبارة.[4]

والإجارة عند فقهائنا المالكية: «عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض».[5]

فهي: عقد على تمليك منفعة مقصودة، مباحة، معلومة، بعوض معلوم.

ومحترزات التعريف هي:

1- انظر: الجريدة الرسمية، العدد 6548، ص 585 - 588
2- انظر: منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية، عدد 6548، ص 585
3- لسان العرب مادة (أجر)، المصباح المنير مادة (أجر)، مقاييس اللغة مادة (أجر).
4- انظر: حاشية ابن عابدين3/6، كشاف القناع 546/3، مغني المحتاج332/2.
5- انظر: الشرح الصغير مع حاشية الصاوي 6/4

- هي عقد: أي ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره في محله.

- على منفعة: منفعة عين أو منفعة عمل، وليست عقدا على العين كالبيع.

- مباحة: غير محرمة، كالاستئجار على الرقص والغناء الماجنين المحرمين.

- مقصودة: غير التافهة التي لا قيمة لها.

- معلومة: غير مجهولة تجنبا للغرر، والعلم بها بتحديد الأجل أو بنوع العمل.

- بعوض: لإخراج هبة المنافع وإعارتها والوصية بها، لأنها بغير عوض.

- بعوض معلوم: احترازا عن العوض المجهول، فالعوض في الإجارة ثمن للمنفعة وشرط الثمن أن يكون معلوما.[1]

وتجدر الإشارة إلى أن الإجارة والكراء لفظان مترادفان لمعنى واحد عند عامة الفقهاء، واصطلح المالكية- في الغالب عندهم- على تسمية العقد على منافع الآدمي وما ينقل كالثياب والأواني إجارة. وتسمية العقد على منافع ما لا ينقل كالأرض والدور، وما ينقل من سفينة وحيوان كالرواحل كراء.[2]

ثالثا: حكمها وحكمتها:

استدل جمهور الفقهاء على جواز الإجارة بأدلة كثيرة من القرآن الكريم، والسنة المطهرة والإجماع والمعقول. فمن القرآن الكريم قول الله تعالى: ﴿فوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يرِيدُ أن يَنقَضَّ فأَقَامَهُ قَالَ لوْ شِئْتَ لاتَّخذتَّ علَيه أجْرا﴾ [الكهف، 76]

قال القرطبي:» فيه دليل على صحة جواز الإجارة، وهي سنة الأنبياء والأولياء«[3]

وقد يقال هذا شرع من قبلنا. والجواب أنه شرع لنا كذلك، لعدم ورود ناسخ، بل قد ورد ما يؤكده.

1- في شروط منفعة الإجارة. انظر: الفروق 1108/4الشرح الصغير 8/4-10
2- انظر: الفواكه الدواني109/2، مواهب الجليل 493/7، الشرح الكبير2/4
3- أحكام القرآن للقرطبي 32/11، 271/13

ومن السنة حديث عائشة-رضي الله عنها- في الهجرة قالت: واستأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلا من بني الدّيل[1] ثم من بني عبد بن عدي هاديا خِرّيتا- والخرّيت الماهر بالهداية-»[2]

ولا تخفى الحاجة إلى الإيجار، فالخلق محتاج بعضهم لبعض خدمة وتسخيرا. فهذا محتاج إلى مسكن يؤويه، وذاك إلى وسيلة يركبها، وآخر إلى صنعة يعملها، فجُوّز الإيجار تيسيرا ورفعا للحرج وتحقيقا للتكامل بين أفراد المجتمع.

رابعا: أنواع الإجارة:

تنقسم الإجارة باعتبار **تعيين المحل وعدم تعيينه**، إلى:

- إجارة العين: يكون محلها معينا بالرؤية والإشارة إليه...مميّزا عن غيره.

- إجارة الذمة، يكون محلها غير معين بل موصوف في الذمة.

وباعتبار **المحل** الذي تستوفى منه المنفعة، تنقسم إلى:

- **إجارة على منافع الأعيان:** كإجارة الدور والحوانيت والثياب ونحو ذلك.

ويمكن تقسيم هذا النوع إلى ثلاثة أقسام:

- إجارة العقار: كإيجار الدور والأراضي والمنازل.

- إجارة الدواب: كالحيوان والإبل وما يلحق بها من سيارات وطائرات.

- إجارة العروض: كالملابس والأواني والخيام وغيرها من المنقولات.

- **إجارة على منافع الإنسان:** وهي التي تعقد على عمل معلوم كالبناء.

واكتفى منشور بنك المغرب بالنص على الإجارة على منافع الأعيان فقط.

1- الرجل هو عبد الله بن الأريقط الديلي. انظر: المجموع للنووي 5/15

2- رواه البخاري في الصحيح، كتاب الإجارة، باب استئجار المشركين عند الضرورة أو إذا لم يوجد أهل الإسلام.ح(790)

المطلب الثاني: مفهوم الإجارة المنتهية بالتمليك

أولا: التعريف القانوني:

جاء في المادة24: **يمكن للمؤسسة أن تقتني عقارا أو منقولا بناء على طلب من العميل بغرض كرائه له في إطار عقد إجارة، كما هو معرف في المادة 16 أعلاه. وفي هذه الحالة، يمكن أن يسبق عقد الإجارة وعد أحادي بالكراء من طرف العميل ملزم له بمجرد امتلاك المؤسسة للعين. ويحدد الوعد مواصفات العين وكيفيات وأجل وضعها رهن تصرف العميل".**[1]

وجاء في المادة 28: **" تطبيقا للفقرة 2 من البند (ب) من المادة 58 من القانون رقم 103.12 السالف الذكر، تنقل ملكية العقار أو المنقول موضوع عقد الإجارة المنتهية بالتمليك بموجب عقد منفصل عن عقد الإجارة، ولا يجوز إبرام عقد التمليك إلا بعد انتهاء الإجارة".**[2]

فهاتين المادتين تتحدثان عن الشكل الثاني من أشكال الإجارة، وهو ما سُمّي في قانون مؤسسات الائتمان بـ"إجارة منتهية بالتمليك»، حيث جاء في المادة 58 من القانون: «تكتسي الإجارة أحد الشكلين التاليين:

- إجارة تشغيلية عندما يتعلق الأمر بإيجار بسيط.
- إجارة منتهية بالتمليك عندما تنتهي الإجارة بتحويل ملكية المنقول أو العقار المستأجَر للعميل تبعا للكيفيات المتفق عليها بين الطرفين».[3]

وتتكون هذه المعاملة المركبة من ما يلي:

- وعد أحادي بالكراء من المتعامل، ويصبح ملزما بامتلاك المؤسسة للعين.
- عقد إجارة بين المؤسسة والمتعامل بعد تملك المؤسسة للعين.
- عقد نقل ملكية العين المؤجرة للمتعامل بعد انتهاء مدة الإجارة.

1- انظر: منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية، عدد 6548، ص 586
2- انظر: منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية، عدد 6548، ص 587
3- انظر: الجريدة الرسمية ص 462، عدد 6328 بتاريخ 22 يناير 2015.

والفرق بين "الإجارة التشغيلية" و"الإجارة المنتهية بالتمليك" يتجلى في أمور ثلاثة:

الأول: أن العين المؤجرة في "التشغيلية" تكون في ملكية المؤسسة، بينما في "المنتهية بالتمليك" لا تتملك المؤسسة العين إلا بعد وعد من المتعامل بتأجيرها ثم تملكها.

الثاني: أن "الإجارة التشغيلية" تجرى بعقد واحد، بينما "الإجارة المنتهية بالتمليك" تجرى بوعد ثم عقد تأجير، ثم عقد تمليك.

الثالث: أن العين المؤجرة في "الإجارة التشغيلية" تعود إلى صاحبها عند انتهاء الإجارة، بينما في "الإجارة المنتهية بالتمليك" يتملكها المستأجر بعقد جديد.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي:

أطلق المعاصرون على هذا العقد تسميات عديدة، إلا أن أكثرها تداولا واستعمالا في الدراسات الفقهية المعاصرة هي «الإيجار المنتهي بالتمليك» أو «الإيجار مع الوعد بالتمليك»، أو «البيع الإيجاري»، أو «الليزينغ».[1]

وهذا العقد من العقود المركبة المستحدثة[2] لذلك لا نجد له تعريفا عند فقهائنا القدامى. وقد انبرى بعض المعاصرين لتعريفه، ومنهم:

- د. وهبة الزحيلي، هي: « تمليك منفعة بعض الأعيان كالدور والمعدات، مدة معينة من الزمن، بأجرة معلومة تزيد عادة على أجرة المثل، على أن يملك المؤجر العين المؤجرة للمستأجر، بناء على وعد سابق بتمليكها في نهاية المدة، أو في أثنائها بعد سداد جميع مستحقات الأجرة أو أقساطها، وذلك بعقد جديد. أي: يتم تمليكها بعقد مستقل، وهو إما هبة، وإما بيع بثمن حقيقي أو رمزي».[3]

1- الليزينغ leasing معناه: عقد تمويل المشروعات، أو عقد التمويل الائتماني. انظر: محمد عبد العزيز حسن، الإجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر ص58-65 المعهد العالمي للفكر الإسلامي- القاهرة، الطبعة الأولى 1417هـ / 1996م.

2- اختلفت آراء فقهاء القانون الوضعي في تكييف هذا العقد. انظر تلك الآراء ومناقشتها في: الإجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر ص 58- 65.

3- انظر: مجلة الاقتصاد الإسلامي عدد 257، شعبان 1423هـ

- ذ. خالد الحافي، هي: «عقد بين طرفين يؤجر فيه أحدهما لآخر سلعة معينة مقابل أجرة معينة يدفعها المستأجر على أقساط خلال مدة محددة تنتقل بعدها ملكية السلعة للمستأجر عند سداده لآخر قسط بعقد جديد».[1]

فهي عقد مركب بين الإجارة والتمليك، وبعقدين منفصلين. فيبدأ «إجارة» تترتب عليه كل أحكامها وآثارها الشرعية، وبعد سداد الأقساط وانقضاء أجل الإجارة يسترد المؤجر (البنك) العين ليملكها للمستأجر بعقد جديد.

وذهب بعض المعاصرين إلى أن المستأجر يخيّر بعد نهاية «الإجارة» بين شراء السلعة، أو مدّ مدة الإجارة، أو إعادة العين إلى المصرف.[2]

ثالثا: البيع الإيجاري والإجارة المنتهية بالتمليك:

ظهر البيع الإيجاري (Hire-Purchase) في إنجلترا في أواخر النصف الأول من القرن 19م، مع أحد تجار الآلات الموسيقية، ثم بعد ذلك انتشر هذا العقد وانتقل من الأفراد إلى المصانع، ثم إلى الشركات والمقاولات.

ثم ظهر عقد الليسينغ [Leasing] في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1953م، ثم ظهر في فرنسا تحت تسمية [Credit Bail] عام 1962م.

والبيع الإيجاري المعمول به في البنوك التقليدية يختلف عن الإجارة المنتهية بالتمليك إذ في البيع الإيجاري تطبق أحكام البيع والإجارة كليهما على العين المؤجرة في آن واحد، ثم تنقل ملكيتها إلى المستأجر بمجرد دفع آخر قسط من أقساط الأجرة دون إبرام عقد مستقل للتمليك. ولا يخفى ما في ذلك من المحظورات الشرعية.

أما الإجارة المنتهية بالتمليك المشروعة، فإنها تطبق فيها أحكام الإجارة على العين المؤجرة إلى نهاية مدة الإجارة، ثم يحصل التمليك إلى المستأجر بعقد مستقل.[3]

رابعا: حكم الإيجار المنتهي بالتمليك:

اختلف الفقهاء في حكم هذا العقد بين مجيز ومانع.

1- الإجارة المنتهية بالتمليك في ضوء الفقه الإسلامي لخالد الحافي ص 60
2- انظر: الإجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر ص 62 - 63
3- انظر: المعايير الشرعية ص 262

واستند المجيزون[1] على عدد من الأصول والقواعد الفقهية، ومنها ما يلي:

- الأصل في المعاملات الإباحة إلا ما جاء النص بمنعه.

- الأصل في العقود رضا المتعاقدين.

- الأصل في المنافع الإباحة، وفي المضار الحرمة.

- عموم حلية البيع إلا ما خصه الدليل.

- سلامة أركان عقد الإيجار المنتهي بالتمليك وصحة شروطه.

واشترط د. الروكي شرطين آخرين، وهما:

- قدرة المتعاقد على تسديد جميع الأقساط الشهرية تفاديا للوقوع في الربا.

- خلو محتوى العقد وصيغته من التأمين التجاري.[2]

في مقابل ذلك، استدل المانعون[3] بجملة أدلة، أهمها ما يلي:

- لا يجوز الجمع بين عقدين مختلفين في الحكم على عين واحدة.

- أنه قائم على الربا، من جهتين: جهة فرض عوض نظير الأجل والتأخير، وجهة الزيادة عند تأخر تسديد بعض الأقساط، وهي الربا بعينه.

- أنه جامع بين بيع وسلف، لأن الجهة البائعة لها صفة البائع والدائن.

- أنه من قبيل بيع الإنسان ما لا يملك، وبيع المعدوم، وبيع ما لم يقبض.

- أن فيه بيعا وشرطا.

1- انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 5 السنة 1996. مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، عدد 48، السنة1421هـ، «الإجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر» لمحمد عبد العزيز حسن. ص 63. جريدة التجديد، عدد946، السنة 2004.

2- الإيجار المنتهي بالتمليك، محمد الروكي، جريدة التجديد، ع946، س2004م.

3- انظر: القرار 198 لهيأة كبار علماء السعودية، بتاريخ 6-11-1420 وامتنع عن هذا القرار بعض أعضاء الهيأة، وهم: الشيخ عبد الله البسام، والشيخ عبد الله المنيع، والشيخ محمد بن جبير. وقالوا بأن لهم وجهة نظر مخالفة للقرار. وانظر: فتاوى مصطفى الزرقاء ص652

وصدر عن مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض (شتنبر2000م) قرار وسط يوفق بين قول من أجاز وقول من منع، حيث منع القرار صورا للإيجار المنتهي بالتمليك وأجاز صورا أخرى.

فضابط المنع:

ورود عقدين مختلفين على عين واحدة في زمن واحد.

وضابط الجواز:

- وجود عقدين منفصلين يستقل كل منهما عن الآخر زمانا، بحيث يكون إبرام عقد البيع بعد عقد الإجارة، أو وجود وعد بالتمليك في نهاية مدة الإجارة. والخيار يوازي الوعد في الأحكام.

- أن تكون الإجارة فعلية وليست ساترة للبيع.

- إذا اشتمل العقد على تأمين العين المؤجرة، فيجب أن يكون التأمين تعاونيا إسلاميا لا تجاريا، ويتحمله المالك المؤجر وليس المستأجر.

- تكون نفقات الصيانة غير التشغيلية على المؤجر لا على المستأجر، كما يكون ضمان العين المؤجرة على المالك وحده، ما لم يتعدّ المستأجر أو يفرط ولا يلزم المستأجر بشيء إذا فاتت المنفعة.

- يجب أن تطبق على عقد الإجارة المنتهية بالتمليك أحكام الإجارة طوال مدة عقد الإجارة، وأحكام البيع عند تملك العين.[1]

بعد هذه الدراسة الفقهية لمفهوم الإجارة وحكمها في شكليها «التشغيلية» و«المنتهية بالتمليك»، ننتقل لدراسة المواد المتبقية من منشور بنك المغرب، التي نظمت منتوج «الإجارة»، من خلال جملة مسائل.

1- انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 5، السنة 1996.

المسألة الأولى: في شروط الإجارة

✓ **الأجل والثمن:**

جاء في المادة17: **يتم إبرام عقد الإجارة لمدة محددة ومقابل دفع ثمن الكراء. يعتبر الأجل والثمن أساسين في الإجارة، بحيث لا تنعقد بغياب أحدهما".**[1]

قال ابن أبي زيد: "والإجارة جائزة إذا ضربا لها أجلا وسميا الثمن".[2]

وقال ابن عاصم:[3]

يجـوز في الـدُّور وشـبهها الكِـرا ل مـدة حُـدّت وشيء قُـدّرا

أ- الأجل (المدة): هو الضابط للمعقود عليه. جاء في معيار الإجارة: «يجب تحديد مدة الإجارة، ويكون ابتداؤها من تاريخ العقد مالم يتفق الطرفان على أجل معلوم لابتداء مدة لإجارة، وهي التي تسمى (الإجارة المضافة) أي: المحدد تنفيذها في المستقبل».[4]

ويتحدد الأجل في الإجارة بأمور أربعة:[5]

- الزمان، كتحديد مدة الإجارة بشهر أو سنة مثلا.

- المكان، كما في عملية النقل والسفر.

- العمل، بتحديد عمل معين كخياطة ثوب أو بناء منزل.

- الجمع بين العمل والزمن: وقد يجمع بين العمل والزمن، وهذه الحالة تناولها الشيخ خليل في صورة تساؤل، فقال:» وهل تفسد الإجارة إن جمعهما بعقد واحد، كخياطة هذا الثوب في هذا اليوم بدرهم مثلا؟ «[6]

1- انظر: منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية، عدد 6548، ص 585
2- الرسالة لابن أبي زيد ص 218
3- البهجة شرح التحفة 263/2
4- المعايير الشرعية ص 245
5- انظر: الفواكه الدواني 110/2
6- شرح خليل للزرقاني13/7 وانظر: عبد الوهاب أبو سليمان، عقد الإجارة مصدر من مصادر التمويل الإسلامية ص64- 67، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب.ط2، 2000م

والضابط في تحديد المدة عند الجمهور - ومنهم المالكية - هو ألا يتغير الشيء غالبا في مدة الإجارة.[1] فلكل مال **«عُمرٍ اقتصادي»** ينبغي أن يراعى في الإجارة، وتحدد من خلاله مدة التأجير.

قال النووي: «فأما أكثر المدة فهو ما علم بقاء الشيء المؤاجر فيها».[2]

ب- الثمن: أو الأجرة، وهي: العوض الذي يدفعه المستأجر للمؤجر في مقابلة المنفعة التي يأخذها منه».[3]

والأجرة في الإجارة قرينة الثمن في البيع، لذلك صحّت الأجرة في الإجارة بكل ما يصحّ به الثمن في البيع.

قال القرافي:» كل ما صح أن يكون ثمنا في البياعات، صح أجرة».[4]

وقال النفراوي: «وأما الأجرة فهي كل ما يصح أن يكون ثمنا في الجملة. وإنما قلنا في الجملة، لئلا ننتقض الكلية بالطعام ومما تنبته الأَرض، لصحة كونهما ثمنا وعدم صحة كونهما أجرة الأَرض الزراعية».[5]

وعليه يشترط في الأجر ما يلي:

أن يكون: مالا، طاهرا، معلوما، مباحا، منتفعا به، ومقدورا على تسليمه.

ولا تتعين النقود في الأجرة، بل يجوز أن تكون عينا (سلعة) أو منفعة (خدمة).[6]

ج- تغير ثمن الكراء (الأجرة المتغيرة):

جاء في المادة 18: **"يمكن أن يكون ثمن الكراء ثابتا أو متغيرا حسب الشروط المتفق عليها في العقد بين المؤسسة والعميل.**

1- انظر: بداية المجتهد 145/5
2- المجموع للنووي 18/15
3- حاشية الدسوقي 2/4
4- انظر: الذخيرة للقرافي 376/5، المغني لابن قدامة 7/6
5- الفواكه الدواني 110/2
6- انظر: المعايير الشرعية ص 249

إذا كان ثمن الكراء متغيرا يجب أن ينص العقد على كيفيات تحديده. كما يجب أن ينص العقد على حد أدنى وحد أقصى لثمن الكراء".[1]

يمكن أن يكون الثمن ثابتا أو متغيرا حسب اتفاق العاقدين في بداية العقد.

قال العلامة الدردير شارحا قول خليل: «(و) جاز الكراء (مشاهرة)...نحو كل شهر بكذا، أو كل يوم، أو كل جمعة، وكل سنة بكذا».[2]

فيُفهَم من قوله «كل شهر بكذا» جواز اشتراط تغيّر سومة الكراء.

وجاء في معيار الإجارة أنه يجوز تحديد الأجرة بمبلغ للمدة كلها، أو بأقساط لأجزاء المدة. كما يجوز أن تكون بمبلغ ثابت أو متغير، بحسب أي طريقة معلومة للطرفين... وفي حالة الأجرة المتغيرة يجب أن تكون الأجرة للفترة الأولى محددة بمبلغ معلوم، ويجوز في الفترات التالية اعتماد مؤشر منضبط تتحدد على أساسه الأجرة. ويشترط أن يكون هذا المؤشر مرتبطا بمعيار معلوم لا مجال فيه للنزاع، ويوضع له حد أعلى وحد أدنى، لأنه سيصبح أجرة الفترة الخاضعة للتحديد.[3]

فيجوز إذن أن تكون الأجرة ثابتة أو متغيرة، لكن بشرط الاتفاق على كيفيات ذلك يوم العقد نفيا لكل جهالة مفضية إلى النزاع.

وهذا الشرط لا يؤثر في صحة العقد لكونه لا غرر فيه ولا يؤدي إلى محذور شرعي.

✓ **العين المؤجرة:**

جاء في المادة 19: **"يصح عقد الإجارة على العين التي تتعيب بالاستعمال طبقا للنصوص التشريعية الجاري بها العمل، ولا يصح أن تكون العين المستأجرة مما يهلك بالاستعمال، مالم يكن القصد من كرائها مجرد إظهارها أو عرضها".[4]**

معلوم أن المقصود في الإجارة هي منافع الأعيان، لذلك اشترط الفقهاء أن لا يتضمن استيفاء المنفعة استهلاك العين.

1- انظر: منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية، عدد 6548، ص 585

2- حاشية الدسوقي 402/5 - 403

3- المعايير الشرعية ص 249

4- انظر: منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية، عدد 6548، ص 585

قال ابن عرفة: "شرطها (المنفعة) إمكان استيفائها دون إذهاب عين".[1] ولذلك منع أكثر الفقهاء إجارة الثمر في الشجر، والكلأ في المراعي، ونحو ذلك.

لأن تلك الأعيان لا يمكن الانتفاع بها إلا بعد استهلاك ذواتها.

وعليه يكون الضابط هو: "كل عين صح الانتفاع بها مع بقائها صحت إجارتها.. وما تم الانتفاع به مع عينه لم تصح إجارته".[2]

وقال الفقهاء: إذا حدث ما يرد على العين وهو مشابه للمنفعة مع بقاء أصله فيمكن القول بجوازه استثناء من القاعدة العامة، ورخصة للضرورة أو الحاجة.

وذهب ابن تيمية وتلميذه ابن القيم إلى جواز عقد الإجارة على العين التي تحدث شيئا فشيئا مع بقاء أصلها كالمنفعة.[3]

ولعل من شأن الأخذ بهذا الرأي أن يوجد سعة وتيسيرا في عمل الناس في زماننا كإجارة المراعي والبحيرات والأنعام المحلوبة وغيرها.

لكن المنشور أخذ برأي الجمهور، واقتصر على تأجير "ما ينتفع به دون ذهاب أصله". كما أنه أباح تأجير ما يتعيب بالاستعمال، وهذا أمر واقع في الأعيان المؤجرة، إذ الاستعمال المتكرر من شأنه أن يؤثر في "جودتها" وبعض أوصافها لكن من غير أن يذهب أصلها مطلقا.

وهذا لا يتناقض مع ما قُرّر سابقا من شرط تحقق الانتفاع مع سلامة الأصل، لأن الفقهاء يتحدثون عن التغير بالاستعمال الأول وليس بالاستعمال المتكرر.

المسألة الثانية: فسخ الإجارة

جاء في المادة 20: **"يمكن للعميل فسخ عقد الإجارة قبل نهاية المدة المحددة في العقد، شريطة الوفاء بالالتزامات المتفق عليها مسبقا في عقد الإجارة".**[4]

1- شرح حدود ابن عرفة للرصاع 522/2، وانظر: المعايير الشرعية ص 247
2- المجموع 5/15- 6 وللقاعدة استثناءات. انظر: النوادر والزيادات 7/56-57
3- انظر: إعلام الموقعين 2/34-35
4- انظر: منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية، عدد 6548، ص 585

عقد الإجارة هو من **العقود اللازمة** عند جمهور الفقهاء، لذلك قرروا أنه لا ينفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة. أو العذر الطارئ على المستأجر عند الحنفية. ودليل الجمهور وجوب الوفاء بالعقود.[1]

قال ابن عاصم:[2]

ولا خروج عنه إلا بالرّضا حتى يُرى أمدُه قد انقضى

ويظهر من المادة 20 أنها أطلقت جواز فسخ العقد قبل انتهاء مدته ولم تقيده بوقوع الضرر على المستأجر. لكنها اشترطت الوفاء بالالتزامات المتفق عليها مسبقا، ومن شأن ذلك حماية حقوق الطرفين، ودفع عنهم ما يحتمل من ضرر.

كما أن الإجارة تنتهي بهلاك العين المؤجرة، أو تعذر استيفاء المنفعة منها.

ولا تنتهي بموت أحد العاقدين، ولورثة المستأجر حق فسخ العقد في حال عجزهم.

المسألة الثالثة: بداية التأجير والضمانات

جاء في المادة 21: "يسري مفعول عقد الإجارة ابتداء من تاريخ وضع العين رهن تصرف العميل من طرف المؤسسة طبقا لشروط العقد. يمكن أن يقترن عقد الإجارة بضمانات لفائدة المؤسسة كالرهن والكفالة وغيرهما من الضمانات المنصوص عليها في النصوص التشريعية الجاري بها العمل، مع مراعاة مقتضيات المادة 2 من هذا المنشور".[3]

فالتأجير شُرع للانتفاع، ولا يمكن أن يتحقق إلا بتمكين المؤجر من العين.

والأجرة وإن كانت تجب بالعقد، فإنها لا تستحق إلا باستيفاء المنفعة، أو التمكين من استيفائها من خلال تسليم العين لمستأجرها.

1- انظر: بداية المجتهد 150/5، وانظر: المعايير الشرعية ص 245.
2- البهجة في شرح التحفة 2/ 263- 264
3- انظر: منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية، عدد 6548، ص 585

وفي حال تأخر التسليم عن الموعد المحدد فينبغي خصم ما يقابل ذلك من الأجرة.[1] ولذلك نصت المادة على أن سريان مفعول الإجارة يبدأ بعد وضع العين رهن تصرف المؤجر.

كما نصت المادة على جواز "**الضمانات**" المشروعة، من رهن وكفالة وغيرهما. وسبق الحديث في صيغة المرابحة عن هذه الضمانات.[2]

وشُرعت هذه الضمانات لتوثيق الحصول على الأجرة أو التعويض في حالة التعدي أو التقصير.

مع التأكيد هنا على أمر أساس لم يُشر إليه المنشور، ويتمثل في كون يد المستأجر هي يد أمانة. وضمان العين المؤجرة طيلة فترة الإجارة، ونفقات الصيانة الأساسية ونفقات التأمين المشروع، كل ذلك يكون على المالك المؤجر. ولا يتحمل المستأجر إلا نفقات الصيانة التشغيلية، ولا ضمان عليه إلا إذا ثبت تفريطه وتعدّيه.[3]

المسألة الرابعة: التعويض عن الضرر (الشرط الجزائي)

جاء في المادة 23: **يجوز أن ينص عقد الإجارة على أنه في حال توقف العميل عن التسديد دون عذر معتبر شرعا، يجب عليه:**

- دفع جزء أو كل ما تبقى من أقساط الأجرة في ذمته بعد توصله بإشعار مضمون من المؤسسة أو بعد انقضاء مدة محددة أو تلقائها فور التوقف عن التسديد.

- دفع تعويض عن الأضرار الفعلية التي لحقت بالمؤسسة بسبب توقفه عن الأداء بعد إثبات ذلك، في حدود ما تبقى من الأقساط في ذمته.[4]

1- انظر: المعايير الشرعية ص 246

2- انظر ص57-58 من هذا البحث.

3- انظر: المعايير الشرعية ص 248 - 249 ولم يفصل منشور بنك المغرب في هذه المسألة.

4- انظر: منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية، عدد 6548، ص 586

وفي المادة 26: **"في حالة عدم وفاء العميل بوعده بالكراء يجوز أن تقتطع المؤسسة من هامش الجدية مبلغا لا يتجاوز مقدار الضرر الفعلي الذي تحملته من جراء ذلك، دون المطالبة بأي مبلغ إضافي".**[1]

من المقرر المعلوم أن أفعال العقلاء منزهة عن العبث، والشارع إنما جعل العقود أسبابا لتحصيل مقاصد الخلق المعتبرة. كما أن الشريعة تسعى لرفع الضرر والإضرار عن معاملات الناس. فعن أبي سعيدٍ الخدري رضي الله عنه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا ضرر ولا ضرار».[2]

لذلك كله نقول بأن البنك له حق التعويض إذا أدخله المتعامل في «كلفة» وتنصّل من وعده، فيقدّر حينها الضرر الفعلي ويقتطعه من هامش الجدية.

لكن في حال التوقف عن السداد بعد إبرام العقد مماطلة من غير مسوّغ شرعي يطالب المتعامل بأداء ما في ذمته في حدود ما انتفع به (المستحقات السابقة فقط)، مع توبيخه وتعزيره.

ونصت المادة على جواز تعويض المؤجر عن الضرر الفعلي في حدود ما تبقى من الأقساط، وليس على الثمن كله. وهذا مخالف لما عليه جمهور أهل العلم.

كما جوّزت معايير «الأيوفي» إلزام المستأجر بالتصدق بمبلغ محدد أو نسبة من الأجرة في حال التأخر عن السداد، على أساس أن لا تنتفع المؤسسة بتلك الصدقة، وتصرف في وجوه الخير والإحسان. وهذا الاجتهاد سبقت مناقشته في صيغة «المرابحة» ورأينا بأن الراجح تجنب الغرامة المالية عند تأخير السداد.

ولم يبين المنشور نوع الإجراءات في حال العذر الشرعي المعتدّ به، ونقول ينبغي أن يُنْظَرَ المتعامل، ويُلتمَس له العذر إلى أن يُصحّح الوضع، ويجد لذلك مخرجا.

أو تطبق عليه أحكام الإفلاس في حال الإفلاس.

1- انظر: منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية، عدد 6548، ص 587

2- رواه مالك في الموطأ مرسلا، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، ح31، ورواه الحاكم كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة. وقال: صحيح الإسناد على شرط مسلم ووافقه الذهبي.

المسألة الخامسة: هامش الجدية

جاء في المادة 25: "**يمكن للمؤسسة أن تطلب من العميل لضمان تنفيذ التزامه دفع مبلغ نقدي يسمى "هامش الجدية" على أن لا يتعدى هذا المبلغ نسبة من كلفة اقتناء العين من طرف المؤسسة يحددها بنك المغرب وتحتفظ المؤسسة بهامش الجدية في حساب خاص، ولا يحق لها التصرف فيه.**

إذا لم تضع المؤسسة العين رهن تصرف العميل في الأجل المحدد وحسب الكيفيات والمواصفات المحددة في الوعد ينقضي الالتزام الناشئ عن الوعد، وللعميل أن يسترد هامش الجدية من المؤسسة في الحال، كما أن له أن يطالب المؤسسة بتعويض الضرر الفعلي المثبت الذي لحق به. كما أن للعميل أن يسترد هامش الجدية بمجرد إبرام عقد الإجارة أو في حالة تراجع المؤسسة عن إبرام عقد الإجارة.

وللعميل في الحالة الأخيرة أن يطالب المؤسسة بتعويض الضرر الفعلي المثبت الذي لحق به".[1]

سبق الحديث عن "هامش الجدية" في صيغة "المرابحة" وبيّنا حينها بأنه نوع من الضمان المشروع الذي يبرهن عن الجدية والرغبة الصادقة في إتمام المعاملة من جهة ومن جهة ثانية يمثل ضمانا للتعويض عن الضرر الذي قد يلحق المؤسسة في حال عدم وفاء المتعامل ونكوله.

وهذا المبلغ يضعه البنك في خانة خاصة، ولا يحق له التصرف فيه باعتباره "أمانة".

كما بينت المادة أنه في حال إبرام عقد الإجارة أو نكول المؤسسة عن تسليم العين المؤجرة في المواعيد وبالمواصفات المتفق عليها، يسترد المستأجر "هامش الجدية". كما يمكنه في حال نكول المؤسسة طلب التعويض عن الضرر الذي لحق به.

ولا شك أن في ذلك رفعا للضرر عن العاقدين، وحماية لحقوقهما.

1- انظر: منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية، عدد 6548، ص 586 - 587

المسألة السادسة: استقلال العقود والوثائق

ورد في المادة27: **يعتبر عقد الكراء وعقد شراء العين من طرف المؤسسة والوعد بالكراء الأحادي الصادر عن العميل ثلاث وثائق منفصلة ولا يجوز اشتراط عقد الإجارة في عقد شراء العين من طرف المؤسسة.**[1]

وفي المادة 28: **تطبيقا للفقرة 2 من البند (ب) من المادة 58 من القانون رقم 103.12 السالف الذكر، تنقل ملكية العقار أو المنقول موضوع عقد الإجارة المنتهية بالتمليك بموجب عقد منفصل عن عقد الإجارة ولا يجوز إبرام عقد التمليك إلا بعد انتهاء الإجارة".**[2]

يعتبر عقد الإيجار المنتهي بالتمليك من العقود المركبة -كما أسلفت- ومن أبرز أدلة المانعين لهذه المعاملة كونه يتضمن "عقدين على عين واحدة في زمن واحد" و"بيعا وشرطا"، لذلك نصت هاتين المادتين على ضرورة الفصل بين العقود المكونة لهذه المعاملة. وهي ثلاثة:

الوعد الأحادي بالكراء، وعقد شراء البنك للعين، وعقد كرائها للمتعامل.

وأيضا منع اشتراط الإجارة في عقد تملك البنك للعين.

ثم عند نهاية مدة الإجارة يجب إبرام عقد جديد لتمليك العين للمتعامل.

وهذا التأكيد على الفصل بين العقود كتابة وتوثيقا وترتيبا يجنب المعاملة الوقوع في تلك محذور البيعتين في بيعة التي سلف ذكرها.

ولمزيد من البيان سنتطرق لمسألة اجتماع العقود في معاملة واحدة.

- ✓ **اجتماع عقدين في معاملة واحدة:**

إن النهي عن اجتماع العقود في المعاملات ليس على إطلاقه. فالمنهي عنه هو اجتماع العقود المتنافية المتضادة أحكاما ومقاصدا.

1- انظر: منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية، عدد 6548، ص 587

2- انظر: منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية، عدد 6548، ص 587

قال ابن العربي:" ويتركب عليها(يقصد معاملة بيع وسلف) أصل بديع من أصول المالكية، وهو أن كل عقدين **يتضادان وضعا ويتناقضان حكما**، فإنه **لا يجوز اجتماعهما**، أصله البيع والسلف، فركبه (الإمام مالك) عليه في جميع مسائل الفقه ومنه البيع والنكاح، وذلك أن البيع مبني على المغابنة والمماكسة، خارج عن باب القُرب والعبادات، والسلف مكارمة وقربة. ومن هذا الباب: الجمع بين العقد الواجب والجائز، ومثله بيع وجعالة...وأمثال ذلك لا تحصى".[1]

ثم قرر قاعدة مفادها أن:" كل عقدين يتضادان وصفا لا يجوز أن يجتمعا شرعا".[2]

وأكدها القرافي بقوله:" كل عقدين بينهما تضاد، لا يجمعهما عقد واحد".[3]

وقال الشاطبي شارحا:" ولأن الاستقراء من الشرع عرف أن للاجتماع تأثيرا في أحكام لا تكون حالة الانفراد، ويستوي في ذلك الاجتماع بين مأمور ومنهي، مع الاجتماع بين مأمورين أو منهيين. فقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع وسلف وكل واحد منهما لو انفرد لجاز.

ونهى الله تعالى عن الجمع بين الأختين في النكاح مع جواز العقد على كل واحدة...وذلك يقتضي أن للاجتماع تأثيرا ليس للانفراد، واقتضاؤه أن للانفراد حكما ليس للاجتماع يبين أن للاجتماع حكما ليس للانفراد".[4]

وتأسيسا على هذا الأصل تحدث فقهاء المذهب عن العقود التي يمتنع اجتماعها مع عقد البيع، ورمزوا لها بقولهم: «جص مشنق»[5] ونظمت في بيتين، فقال الناظم[6]:

عقـود منعناهـا مـع البيـع ستـة	ويجمعهـا في اللفـظ جَـصٌّ مُشَـنَّقُ
فَجُعْـل وصـرف والمسـاقاة شِـركة	نـكاح قـراض منـعُ هـذا مُحقـق

1- انظر: القبس لابن العربي 295/3- 296

2- المصدر نفسه 206/3

3- انظر: الفروق 927/3، الذخيرة 392/4

4- الموافقات للشاطبي 192/3- 193

5- انظر: الفروق 927/3، ورمز لها البعض ب» جص نقش قس» بزيادة السلم والإقالة. انظر: مواهب الجليل للحطاب 146/6

6- انظر: حاشية العدوي 212/2، مواهب الجليل 145/6، شرح التحفة 14/2

وأضاف أبو الحسن الصغير عقد القرض إلى هذه العقود لتصير سبعة، ويصير الرمز «جقص مشنق».[1]

وكما لا يجتمع البيع مع واحد من السبعة، لا يجتمع اثنان منها في عقد.

ونظم ذلك التتائي فقال[2]:

نكاح شركة صرف وقرض ... مساقاة قراض ثم جعل

فجمع اثنين منها الحظر فيه ... وجمع البيع معها لا يحل

والعلة في منع اجتماع تلك العقود «تضاد أحكامها وأحكام البيع».[3]

وكون «الشيء الواحد بالاعتبار الواحد لا يناسب المتضادَّين».[4]

ولأن «تنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات».[5]

والقول بالمنع ليس مجمعا عليه، فقد خالف أشهب وقال بالجواز.[6] واستدل بأن العقد قد احتوى على أمرين كل منهما جائز على انفراده، وأنكر أن يكون مالك حرّمه.[7] ورجّح ابن رشد رأي أشهب لكونه «أظهر من جهة النظر، وإن كان خلاف المشهور».[8]

وعلى كل حال، فمسألة اجتماع العقود فيها تفصيل وتدقيق، ولا يصح إطلاق القول فيها بالمنع.

✓ اجتماع البيع مع الإجارة:

بناء على القاعدة السابقة التي تنص على أن علة المنع في اجتماع العقود هي "التنافي والتضاد"، جَوّز المالكية اجتماع العقود التي سَلِمت من تلك العلّة، ومن ذلك اجتماع

1- انظر: الشرح الصغير للدردير 54/3، تهذيب الفروق 178/3
2- انظر: شرح تحفة الحكام للتاودي 9/2
3- انظر: المصدر نفسه 145/6
4- الفروق 927/3، وانظر: الذخيرة 392/4
5- حاشية الدسوقي 32/3، الشرح الصغير 53/3
6- انظر: شرح التاودي على التحفة 9/2، شرح ميارة على التحفة 457/1
7- انظر: حاشية الدسوقي 32/3، الشرح الصغير53/3
8- انظر: حاشية الدسوقي 32/3، الشرح الصغير 53/3

عقدي البيع والإجارة. قال العلامة ابن الشاط:" وأما نحو الإجارة والهبة **مما يماثل البيع في الأحكام والشروط ولا يضاده**، فإنه يجوز اجتماعه مع البيع، كما يجوز اجتماع أحدهما مع الآخر في عقد واحد **لعدم التنافي"**. [1]

وصرّح بهذا المعنى عدد من فقهاء المذهب.

قال ابن حبيب:»لا بأس باجتماع بيع وإجارة»[2] وقال العلامة ميارة: «يجوز جمع البيع مع الإجارة أو الكراء، لأنهما من باب واحد».[3]

وقال الشيخ خليل عند حديثه عن ما تفسد به الإجارة:» وفسدت...كَمَعَ جُعْلٍ لا بَيع»[4] وتابع الشراح شيخهم، فقال صاحب منح الجليل:» لا تفسد الإجارة المجتمعة مع بيع في عقد واحد لاتفاقهما في الأحكام».[5]

وقال العلامة الدردير بأن الإجارة إذا كانت مع البيع في» صفقة واحدة فلا تفسد لعدم منافاتهما، سواء كانت الإجارة في نفس المبيع، كشرائه ثوبا بدراهم معلومة على أن يخيطه البائع، أو جلدا على أن يخرزه. أو في غيره، كشرائه ثوبا بدراهم معلومة على أن ينسج له آخر».[6]

فدليل الجواز «عدم منافاتهما» و»أنهما من باب واحد»، وأنه لما «كانت الإجارة معلومة لم يكن الثمن مجهولا».[7]

وهذا التأصيل المالكي يفيد كثيرا في مسألتنا، وإن كان المنشور نص على الفصل بين العقود أخذا بالأحوط، وتفاديا لكل اعتراض.

كما نسجل حرص المنشور على تفادي تحول الإجارة إلى بيع تلقائيا من غير عقد جديد، وهي من الصور الممنوعة.

1- تهذيب الفروق والقواعد السنية 178/3
2- انظر: النوادر والزيادات 16/7
3- شرح ميارة على التحفة 457/1
4- مختصر خليل ص 244
5- منح الجليل 443/7
6- الشرح الكبير 5/4
7- بداية المجتهد 11/5

لذلك نص على إبرام عقد تمليك بعد نهاية مدة الإجارة.

لكنه لم يوضح كيفية التمليك، وهل تكون ببيع أو هبة؟

وإذا كانت ببيع هل يكون الثمن حقيقيا أم رمزيا؟ واكتفى المنشور بالإحالة إلى ما وقع الاتفاق عليه سابقا بين البنك والمتعامل.

وفصَّل معيار الإجارة في كيفيات نقل الملكية إلى المستأجر، وحصرها في «وعد بالبيع بثمن رمزي، أو بثمن حقيقي، أو وعد بالبيع في أثناء مدة الإجارة بأجرة المدة الباقية، أو بسعر السوق. أو وعد بالهبة، أو عقد هبة معلق على شرط سداد الأقساط».[1]

المسألة السابعة: في العينة العكسية

جاء في المادة 29: **"يجب على المؤسسة أن تشتري العين من طرف ثالث غير العميل أو وكيله بالنسبة لعقد الإجارة المنتهية بالتمليك".**[2]

وذلك اجتنابا للوقوع في بيع العينة العكسية الممنوعة عند المالكية، والتي سبق الحديث عنها في مبحث المرابحة.[3]

وصورتها شراء سلعة من شخص نقدا ثم بيعها له نفسه إلى أجل بثمن أعلى. وإذا اشترى البنك العين من العميل ثم أجّرها له ليتملكها عند نهاية الإجارة، فستؤول الصورة إلى العينة الممنوعة، خصوصا عند وجود الاشتراط بالوعد ملزم.

وهذا ما سبق التأكيد عليه في معيار المرابحة، حيث جاء فيه: "يجب على المؤسسة أن تتأكد أن الذي يبيع السلعة إليها طرف ثالث غير العميل أو وكيله. فلا يصح مثلا أن يكون العميل الآمر بالشراء هو نفسه أو وكيله المالك الأصلي للسلعة، أو أن تكون الجهة الموردة للسلعة مملوكة للعميل بما يزيد على النصف. فإن وقع مثل ذلك البيع ثم تبين الأمر كانت العملية باطلة لأنها من بيع العينة».[4]

1- المعايير الشرعية ص 254، وانظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 5، السنة 1996.

2- انظر: منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية، عدد 6548، ص 587

3- انظر ص 62-64 من هذا البحث.

4- المعايير الشرعية ص 206

لذلك نصت المادة على وجوب شراء العين من طرف ثالث غير المتعامل أو وكيله تجنبا للوقوع في هذا المحذور الشرعي.

مع التنبيه على أن المنع خاص بالإجارة المنتهية بالتمليك، أما في حال «الإجارة التشغيلية» فلا حرج في شراء العين من مالكها أو وكيله ثم تأجيرها له، لانتفاء صورة العينة المحرّمة.

المسألة الثامنة: توكيل العميل لتسلم العين

جاء في المادة 30: **"يجوز للمؤسسة عند إبرام العقد أن توكل العميل بعد قبوله لتسلم العين".**[1]

فالأصل أن تتسلم المؤسسة العين بنفسها، وتتحمل تبعات الضمان عند الحيازة. ويجوز للمؤسسة توكيل غيرها في التسلم إذا رضي بذلك.[2]

وهذه الوكالة جائزة شرعا، لأن الفعل باعتبار تحقق مصلحته ثلاثة أنواع:[3]

الأول: فعل تتحقق مصلحته بمجرد فعله من غير نظر إلى فاعله، وهذا تجوز فيه النيابة والوكالة إجماعا. ومن ذلك ردُّ الودائع، وقضاء الديون والزكوات، ونحو ذلك.

الثاني: فعل لا تتحقق مصلحته إلا بمباشرته من فاعله، كالصلاة والصيام، ونحو ذلك. وهذا لا تجوز فيه النيابة إجماعا.

الثالث: فعل متردّد بين النوعين السابقين كالحج. وهذا اختلف فيه أهل العلم.

فمن لاحظ جانب المالية في الحج أجاز النيابة فيه، ومن لاحظ جانب التعبد والتزكية والتقوى منع النيابة فيه، لأن ذلك لا يتأتى إلا للحاج نفسه.

ولا شك أن تَسلُّم العين يشمله النوع الأول من الأفعال، لذلك تصح هذه الوكالة إذا قبِل العميل بذلك.

1- انظر: منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية، عدد 6548، ص 588

2- انظر: المعايير الشرعية ص 213

3- انظر: الفروق 652/2

خلاصة القول في صيغة «الإجارة»:

بعد هذه الوقفات الفقهية مع مسائل «الإجارة» نستطيع القول بأن ما ورد في منشور والي بنك المغرب بخصوص هذه الصيغة لم يخرج عن الاجتهاد الفقهي المعتبر بصورتيه التراثية والمعاصرة.

ونجدد الإشارة إلى المسعى الاحتياطي للمنشور، حيث نجده يأخذ بالأحوط ويتجنب الخلاف ما أمكن، كما في مسألة الإلزام في الوعد، وغير ذلك مما بيّناه في مظانه.

كما نشير أيضا إلى سكوت المنشور وتركه البيان في مواطن عديدة، منها:

- نوع الإجراءات في حال نكول المتعامل عن وعده أو توقفه عن السداد لعذر شرعي معتبر.

- تحديد المسؤول عن ضمان العين المؤجرة طيلة فترة الإجارة.

- كيفية نقل الملكية بعد نهاية الإجارة في «الإجارة المنتهية بالتمليك».

وغير ذلك من المسائل التي تحتاج إلى بيان وتفصيل.

المبحث الثالث: صيغة «مشاركة»

تعتبر صيغة "مشاركة" الصيغة الثالثة التي نص عليها قانون مؤسسات الائتمان وفصل أحكامها منشور والي بنك المغرب المتعلق بالمواصفات التقنية لمنتجات المالية وكيفية تقديمها إلى العملاء في الرابع.[1]

المطلب الأول: مفهوم المشاركة

أولا: التعريف القانوني:

جاء في المادة 31 من المنشور: «**يقصد بعقد المشاركة كل عقد شركة يكون الغرض منه مشاركة مؤسسة في رأس مال مشروع جديد أو قائم قصد تحقيق ربح. توزع الأرباح ويتم تحمل الخسائر بين الشركاء حسب حصصهم في رأس مال الشركة، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك فيما يخص توزيع الأرباح لمصلحة الشركة. يقصد بعقد الشركة نظامها الأساسي**».[2]

يستفاد من هذا التعريف أن صيغة «مشاركة» تتم بعقد شركة بين طرفين: **المؤسسة** (البنك) و**شريك** (واحد أو أكثر)، في **رأس مال مشروع** (جديد أو قائم). ويشارك الأطراف في تحمل الخسائر في حدود مساهمتهم وفي الأرباح حسب نسب محددة مسبقا بينهم.

وجاء في المادة 58 من القانون 103.12 أن المشاركة قد تكتسي أحد شكلين:

مشاركة ثابتة: يبقى فيها الأطراف شركاء إلى حين انقضاء العقد الرابط بينهم.

مشاركة متناقصة: ينسحب فيها البنك تدريجيا من المشروع وفق بنود العقد.[3]

ثانيا: التعريف الفقهي للشركة:

عقود المشاركات هي العقود التي يكون الغرض منها الاشتراك في العمل أو الربح. وتشمل: شركة العقد بأنواعها، والمزارعة، والمساقاة، والقراض.

وشركة الأموال هي المقصودة بـ صيغة "مشاركة"، وهي نوع من أنواع شركة العقد.

1- انظر: الجريدة الرسمية ص 588 - 590، العدد 6548، السنة 2017

2- انظر: منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية، عدد 6548، ص 588

3- انظر: الجريدة الرسمية ص 473، العدد 6328، السنة 2015

لذلك سنتحدث عن شركة العقد مفهوما وأنواعا قبل تفصيل القول في شركة الأموال.

أ- تعريف شركة العقد:

الشركة بكسر الشين وفتحها، وسكون الراء فيهما وكسرها مع فتح الشين. والأولى أفصح.[1]

ومعنى الشركة لغة: الخلط والمزج. وقيل تساهلا: الاختلاط والامتزاج، لأن فعل الإنسان هو الخلط، أما الاختلاط فهي صفة ثبوت ثبتت دون فعلهما.

وقيل: أصل الشركة توزيع الشيء بين اثنين على جهة الشيوع.[2]

وفي الاصطلاح: يقصد بها نوعان، عامة وخاصة.

فالشركة العامة عرفها ابن عرفة بقوله:» الشركة الأعمية: تَقرُّر مُتمَوّل بين مالكين فأكثر ملكا فقط».[3] فهي: اختصاص اثنين فأكثر بمحل واحد.

وهذا التعريف جامع يشمل شركة العقد، وشركة الملك، وشركة الإباحة.

أما الشركة الخاصة فقد عرفها ابن عرفة بقوله:» والأخصية: بيع مالِكٍ كلَّ بعضه ببعضِ كلّ الآخر، موجب صحة تصرفِهما في الجميع».[4]

فهي: عقد بين اثنين أو أكثر على الاشتراك في رأس المال والربح، وأن يكون إذن التصرف لهما. أو على الاشتراك على عمل بينهما والربح بينهما.

وهذا هو تعريف شركة العقد سواء كانت على مال أو غيره، ويخرج منه المضاربة والمساقاة ونحوهما.

1- انظر: حاشية الدسوقي 3/5

2- انظر مادة (شرك) في: لسان العرب، المصباح المنير، معجم مقاييس اللغة.

3- انظر: حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع 431/2

4- المصدر نفسه 431/2

وشركة العقد هي التي عناها الفقهاء عند إطلاق لفظ الشركة، وقُصد بها شركة التجارة.[1] وحدَّها فقهاؤنا المالكية بأنها:» إذنُ كل واحد من المتشاركين لصاحبه في أن يتصرف في ماله أو ببدنه له ولصاحبه، مع تصرفهما أنفسهما أيضا».[2]

ب- حكمها وحكمتها:

الشركة جائزة بالكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فهُمْ شُركَاءُ في الثُّلُث﴾[النساء، 12] وقوله سبحانه: ﴿وإنَّ كَثِيرًا منَ الخُلطَاءِ لَيَبْغِي بعضُهُم على بعضٍ الاَّ الذينَ آمنُوا وعَمِلُوا الصَّالحَاتِ وقلِيلٌ مَّا هُم﴾ [سورة ص، 23].

وأما السنة فقد بُعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون بالشركة فأقرّهم عليها، كما ثبت في أحاديث كثيرة.[3]

وأجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة، واختلفوا في أنواع منها.

ومن **حكمتها** تحقيق التعاون والتآزر والتكافل بين الناس، والإسهام في ازدهار التجارات والصناعات، وتيسير الخدمات، وتحقيق التنمية المجتمعية المنشودة.

ج- أنواع شركة العقد:

سبق القول بأن الشركة نوعان: عامة وخاصة.

والعامة أنواع ثلاثة، وهي: شركة إباحة، وشركة ملك، وشركة عقد.

1- شركة إباحة: وتعني اشتراك جميع الناس في حق تملك الأشياء المباحة التي ليست في الأصل ملكا لأحد، كالماء، والكلأ، والمرافق العامة..

وتسمى شركة الإباحة في القانون الوضعي الملك العام أو الأشياء العامة.

1- انظر تعريفاتهم في: حاشية ابن عابدين 332/3، كشاف القناع 496/3، المغني 1/5

2- انظر: مواهب الجليل 117/5، الكافي 780/2

3- خصص الإمام البخاري في صحيحه كتابا للشركة، ذكر فيه ستة عشر بابا، وبلغ عدد أحاديثه سبعة وعشرين حديثا. انظر: صحيح البخاري 877/2-886

2- شركة ملك، وتعني: أن يكون الشيء مشتركا بين اثنين أو أكثر، بحيث يختلط النصيبان بشكل لا يتميز أحدهما عن الآخر، ويكون ذلك بأي سبب من أسباب التملك سواء أكان بالاختيار أو الجبر. وتنقسم عند جمهور الفقهاء إلى قسمين:

شركة جبر: وهي التي تحصل بغير فعل الشركاء، وهي حالة الإرث التي يرث فيها الورثة شيئا ما، فيكون الموروث مشتركا بينهم شركة ملك.

شركة اختيار: وهي التي تحصل بفعل الشريكين واختيارهما.

3- شركة العقد: وهي المقصودة عند الفقهاء عند إطلاق لفظ الشركة. ويخصصون كتاب الشركة حصرا لها دون بقية أنواع المشاركات، ويفردون المضاربة والمزارعة والمساقاة بأبواب وكتب خاصة.

ويقسم الفقهاء شركة العقد إلى أنواع مختلفة، بعضها متفق عليه وبعضها موضع خلاف. ويمكن تقسيمها باعتبارين:

باعتبار المحل، تنقسم إلى شركة أموال، وشركة أعمال، وشركة وجوه.

قال القاضي عبد الوهاب:" الشركة ضربان: بمال أو بدون، وضرب آخر غير جائز وهو شركة الوجوه".[1]

- **شركة أموال:** هي عقد بين اثنين فأكثر، على أن يتّجروا في رأس مال لهم ويكون الربح بينهم بنسبة معلومة.

- **شركة أعمال:** هي الشركة التي تعتمد على الجهد البدني والفكري، فهي اتفاق اثنين أو أكثر من أرباب الأعمال والمهن على أن يشتركا في تقبل الأعمال من الناس، وأن يكون ما يربحانه مشتركا بينهما بحسب الاتفاق.

وتسمى شركة الأعمال بشركة الأبدان، وشركة التقبل، وشركة الصنائع.

- **شركة وجوه:** وهي أن يشترك اثنان وليس لهما مال، ولكن لهما وجاهة عند الناس فيشتركا على أن يشتريا بالنسيئة ويبيعا بالنقد، والربح بينهما، وتسمى أيضا بشركة الذمم وشركة المفاليس، وهي غير جائزة عند المالكية.

1- انظر: التلقين 413/2

باعتبار تفويض الشريكين لبعضهما البعض، تنقسم إلى:

- **شركة مفاوضة:** "والتفاوض هو تفويض أحدهما للآخر في كل ما يجدان به نفعا فيما اجتمعا فيه، أو انفرد به أحدهما".[1] وهي جائزة في المذهب.

- **شركة عنان:** وهي أن يشترط الشريكان على أن لا يتصرف واحد منهما إلا بحضرة صاحبه وموافقته عليه. وهي جائزة باتفاق الفقهاء.[2]

بعد هذه الوقفة مع مفهوم الشركة قانونا وفقها، سنتناول بقية مواد "المشاركة" من خلال المسائل التالية:

المسألة الأولى: شروط الشريكين

اكتفى منشور بنك المغرب عند حديثه عن أطراف الشركة في المادة 31 السابقة بذكر "المؤسسة"(البنك) والشركاء أو الأطراف دون تفصيل في شروطهم.

واكتفى بالإحالة في المادة 32 على الأحكام التشريعية المتعلقة بالأنظمة الأساسية للشركة. ثم نص على وجوب بيان هوية "الأطراف" في المادة 39.

واتفق الفقهاء على اشتراط الأهلية في عاقدي الشركة، وذلك بأن يملكا أهلية التوكيل والتوكل، لأن كلا منهما وكيل عن الآخر.

قال العلامة الدردير: "وإنما تصح الشركة من أهل التوكيل والتوكل، أي: ممن فيه أهلية لهما، بأن يوكل غيره ويتوكل لغيره، وهو الحر البالغ الرشيد".[3]

كما اتفق الفقهاء على جواز مشاركة المسلم للكافر مع الكراهة، إلا إذا كان المسلم هو الذي يتولى البيع والشراء فقط، أو أن يكون ذلك بحضوره، فحينئذ تزول الكراهة.

جاء في النوادر والزيادات:" ولا ينبغي للحافظ لدينه أن يشارك إلا ذا أمانة وتوقٍّ للربا والخيانة والتخليط في التجارة، ولا يشارك يهوديا ولا نصرانيا ولا مسلما فاجرا إلا أن يكون

1- النوادر والزيادات لابن أبي زيد القيرواني 327/7

2- انظر: المغني لابن قدامة 121/5، المعايير الشرعية ص 326.

3- الشرح الكبير 348/3

المسلم الحافظ لدينه هو الذي يلي البيع والشراء، والمال بيد لا يلي الآخر منه إلا العمل والبطش، وقاله طاووس والحسن ومالك بن أنس".[1]

والدليل ما أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن مشاركة اليهودي والنصراني، إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم.[2]

وبناء عليه، يجوز الاشتراك بين البنك التشاركي والبنك التقليدي بشروط ثلاثة:

- أن تكون المعاملة (موضوع المشاركة) مشروعة، ويلتزم فيها بأحكام الشريعة.

- أن تكون حصة البنك التقليدي مالا (نقدا أو سلعة) حلالا طيبا.

- أن يتولى الإدارة البنك التشاركي أو جهة تلتزم الأحكام الشرعية.[3]

المسألة الثانية: إدارة «المفاوضة» و«العَنان»

جاء في المادة 35: **يجوز أن يتفق الشركاء على حصر تسيير المشاركة في بعض منهم، كما يجوز تعيين مسيرين من غير الشركاء.**[4]

وهذه المادة تتحدث عن كيفية وأسلوب تسيير الشركة وإدارة أعمالها.

وذكرت صيغتين: الأولى: تولي بعض الشركاء التسيير حصرا. والثانية: تفويض إدارة خارجية.

وقد تحدث الفقهاء عن شكلين وأسلوبين للتسيير والإدارة، وهما:

- **المفاوضة:** «والتفاوض هو تفويض أحدهما للآخر في كل ما يجدان به نفعا فيما اجتمعا فيه، أو انفرد به أحدهما».[5]

1- النوادر والزيادات 349/7

2- مصنف ابن أبي شيبة 9/6، طبعة مكتبة الرشد. الرياض.

3- انظر: المعايير الشرعية ص 328

4- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 589، الجريدة الرسمية، العدد 6548.

5- النوادر والزيادات 327/7

بمعنى أن يفوض كل شريك لصاحبه في التصرف بيعا وشراء وبكل ما يعود بالنفع عليهما معا، وليس للشريك التصرف بما لا تعود منفعته على الشركة أو بما فيه ضرر مثل الهبة أو الإقراض إلا بإذن الشركاء. فتكون الإدارة مشتركة بينهما.

وهي جائزة في مذهبنا المالكي، ومنعها الإمام الشافعي للغرر.[1]

- **العنان:** وهي أن يشترط الشريكان على أن لا يتصرف واحد منهما إلا بحضرة صاحبه وموافقته عليه. وهي مأخوذة من «عنان الفرس» الذي يتحكم من خلاله الفارس في إلجام الفرس ومنعه من الحركة.

فكأن كل شريك آخذ بعنان صاحبه، مانع له من التصرف إلا بإذنه. وهي جائزة باتفاق الفقهاء.[2]

وقد نصت المادة على جواز تفويض «إدارة خارجية» للتسيير والإدارة من غير الشركاء، وترتيب أجر لهم في شكل مبلغ محدد أو نسبة من الربح، أو هما معا.

وتجدر الإشارة أنه في حال تحديد نسبة من الربح للمسير فإنه يصبح بمنزلة «المضارب»، ولذلك لا يجوز له أن يأخذ أجرة مقابل إدارته.

وخيار «الإدارة الخارجية» قد يكون أنسب عند افتقاد الشريكين الكفاءة اللازمة والخبرة الكافية للإدارة، خصوصا في زمن تعقدت فيه الحياة الاقتصادية وتشعبت.

كما تحدثت المادة السابقة عن جواز حصر التسيير في بعض من الشركاء، وهذا أفيد من الإدارة الجماعية، خصوصا إذا كان ذلك البعض يملك من مؤهلات الكفاءة والمقدرة حظا وافرا.

المسألة الثالثة: في معطيات الشركة

جاء في المادة 39: **مع مراعاة مقتضيات المادة 32 أعلاه، ينص عقد المشاركة خاصة على المعلومات التالية:**

- غرض المشاركة.

1- انظر: المهذب 346/1، بداية المجتهد 254/2.
2- انظر: المغني لابن قدامة 121/5

- هوية الأطراف.

- نوعية المشاركة (ثابتة أو ناقصة).

- المعلومات المتعلقة بحصص الشركاء، طبيعتها وقيمتها ونسبتها من رأس المال المشاركة.

- كيفيات توزيع الأرباح بين الشركاء وتوزيع عائد التصفية.

- حقوق والتزامات الأطراف، خصوصا لأجل تمكين المؤسسة من مر اقبة أعمال المشاركة، وكذا كيفيات ومواعيد تلك المر اقبة.

- شروط وكيفيات حل المشاركة.[1]

ولا شك أن الضبط والتحديد والوضوح في عقود الناس وتصرفاتهم من المطالب الشرعية المهمة، وذلك لتقليل النزاع وحسم مادته، وضمان لكل ذي حق حقه. فالعقد شريعة المتعاقدين، ولا بد أن يتضمن كل ما من شأنه تحقيق السير الطبيعي للشركة سعيا لاستثمار ناجح مفيد للشركاء ومحيطهم.

المسألة الر ابعة: المشاركة المتناقصة

جاء في المادة 40: **علاوة على المقتضيات الواردة في الباب الر ابع من هذا المنشور، يمكن أن تأخذ المشاركة شكل مشاركة متناقصة، عندما تلتزم المؤسسة بموجب وعد أحادي بتفويت أنصبتها إلى الشريك أو الشركاء في الآجال ووفق الكيفيات المحددين، ولا يجوز أن يكون الوعد الأحادي بالتفويت بقيمة محددة مسبقا، ولا ملزما إلا بعد إبرام عقد المشاركة.**[2]

نصت هذه المادة على الشكل الثاني للمشاركة ويتعلق الأمر **بالمشاركة المتناقصة**. وفي هذه الحالة تعقد الشركة بين المؤسسة (البنك) وبين شريك أو شركاء، تنتهي بـ"انسحاب" البنك تدريجيا لصالح الشريك أو الشركاء.

1- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 590، الجريدة الرسمية، العدد 6548

2- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 590، الجريدة الرسمية، العدد 6548

وهذه الصورة مستحدثة، وقد فصّل القول فيها معيار المشاركة رقم 12 لـ«الأيوفي» سنة 2002م.[1] كما تناولها مجمع الفقه في دورته الخامسة عشرة بسلطنة عمان (محرم1425هـ/مارس2004م).

تعريفها: هي معاملة جديدة، تتضمن شركة بين طرفين في مشروع ذي دخل يتعهد فيها أحدهما بشراء حصة الطرف الآخر تدريجياً، سواء كان الشراء من حصة الطرف المشتري في الدخل أم من موارد أخرى.

أحكامها:

- وجود **وعد أحادي ملزم** من أحد الطرفين بتملك حصة شريكه، ويكون الخيار للطرف الآخر، تجنبا للمواعدة الملزمة من الطرفين.

- يتم التملك تدريجيا بإبرام عقود بيع عند تملك كل جزء.

- يجوز لأحد أطراف المشاركة استئجار حصة شريكه بأجرة معلومة ولمدة محددة.

- تحديد ثمن البيع بالقيمة السوقية أو بما يتفقان عليه زمن البيع، لا زمن الوعد. تجنبا لضمان الشريك حصة شريكه.

- تحمل مصروفات التأمين أو الصيانة وسائر المصروفات على وعاء المشاركة بقدر الحصص، ولا يجوز اشتراط تحملها من طرف واحد، لأنه ظُلم بيّن.

- ضرورة الفصل بين العقود والالتزامات المتعلقة بالمشاركة.

- تحديد أرباح أطراف المشاركة بنسب شائعة، ولا يجوز اشتراط مبلغ مقطوع من الأرباح أو نسبة من مبلغ المساهمة، لتنافي ذلك مع مبدأ «الاشتراك في الربح».

- منع النص على حق أحد الطرفين في استرداد ما قدمه من مساهمة، حذرا من ضمان الدّين المانع للتربّح.

ولا شك أن هذا الشكل الجديد من المشاركة يحقق صورة ناصعة من التعاون على الخير، ويسهم في مساعدة الكثيرين على تأسيس مشاريعهم والاستقلال بإدارتها.

1- انظر: المعايير الشرعية ص345 - 347

المسألة الخامسة: فصل العقود في المشاركة المتناقصة

جاء في المادة 41: **يعتبر عقد المشاركة والوعد الأحادي بالتفويت وعقود بيع وشراء الأنصبة ثلاث وثائق منفصلة بالنظر إلى الآثار التي تترتب عليها.**[1]

يعتبر عقد المشاركة المتناقصة من العقود المركبة، حيث يشمل "وعدا أحاديا بالشراء"، و"عقد مشاركة"، و"عقود بيع أجزاء حصة الواعد" لشريكه.

فجاء هذا التنصيص على فصل الوثائق الثلاث خروجا من محاذير "بيعتين في بيعة" أو عقدين متضادين في صفقة واحدة. وهو ما أكده قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة عشرة -سالف الذكر- حين نصّ على ضرورة "الفصل بين العقود والالتزامات المتعلقة بالمشاركة».[2]

المسألة السادسة: رأس مال الشركة

جاء في المادة 33: **يجوز أن تكون المساهمة في رأس مال الشركة نقدا أو عينا أو هما معا، ويلزم تعيين حصص الشركاء وتحديدها، وإذا كانت الحصة عينية وجب تحديد قيمتها في عقد المشاركة.**

وفي المادة 34: **لا يجوز أن تكون الديون حصة في رأس مال الشركة، كما لا يجوز إدراج ديون الشركاء على الشركة في رأس مال المشاركة.**[3]

رأس مال الشركة: هو القدر المالي المشترك بين الشريكين، والناتج عما قدمه كل منهما من نصيب مالي للاشتراك.

وليس كل شيء صالحا لأن يجعل رأس مال للشركة، لذلك اشترط الفقهاء في رأس المال شروطا محددة، ومن أهمها أن يكون رأس المال من **الأثمان**.

1- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 590، الجريدة الرسمية، العدد 6548.

2- انظر مسألة اجتماع العقود في ص 100 - 104 من هذا الكتاب.

3- انظر المادتين في منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية ص 586، العدد 6584

قال ابن قدامة:» لا خلاف في أنه يجوز جعل رأس المال الدراهم والدنانير فإنها قيم الأموال وأثمان البياعات، والناس يشتركون بها من لدن النبي صلى الله عليه وسلم إلى زماننا من غير نكير».[1]

ويدخل في النقود القديمة النقود الورقية الحديثة، كالدرهم، وكالريال، لأنها أثمان والقاعدة العامة عند معظم الفقهاء أن: «ما تعامل به الناس فحكمه حكم الأثمان المطلقة تجوز الشركة فيه».

فالأصل أن يكون رأس المال «موجودات نقدية» يسهل ضبطها واستثمارها، وتجوز عند فقهاء المذهب- وهو قول الجمهور- شركة الأموال بالعروض أيضا، وسواء كانت مثلية أو قيمية، بشرط أن تجعل قيمتها المتفق عليها يوم العقد هي رأس مال الشركة. وهو ما نصت عليه المادة 33 السابقة.

جاء في النوادر والزيادات:» وتجوز الشركة بالعرضين من صنف واحد أو مختلفين إذا تساوت القيمة».[2]

وفي المختصر: «ولزمت بما يدل عرفا كاشتركنا، بذهبين أو ورقين اتفق صرفهما وبهما منهما، وبعَين وبعَرض، وبعرضين مطلقا، وكل بالقيمة يوم أحضر».[3]

وقال شارحه العلامة الدردير: « وتصح (بهما)، أي: بالذهب والفضة (منهما) أي: من كل من الشريكين...و(بعين) من جانب و(بعرض) من آخر، و(بعرضين) من كل واحد عرض (مطلقا) اتفقا جنسا أو اختلفا، ودخل فيه ما إذا كان أحدهما عرضا والآخر طعاما، (و) اعتبر(كل) من العرض الواقع في الشركة من جانب أو جانبين (بالقيمة). فالشركة في الأولى بِالعَين وقيمة العرض، وفي الثانية بقيمة العرضين».[4]

وصحّت العروض في رأس المال لأنها مثل الأثمان، حيث يمكن التصرف بها واستثمارها، ويسهل ضبط قيمتها لرفع الجهالة عن رأس المال.

1- المغني لابن قدامة 124/5، بدائع الصنائع 59/6، شرح الخرشي 40/6
2- النوادر والزيادات 318/7
3- مختصر خليل ص 214، وانظر: المعايير الشرعية ص 329
4- الشرح الكبير 349/3

ويجب تحديد حصص الشركاء في رأس المال دفعا لكل جهالة محتملة، فالعلم به مطلوب لأنه يرجع به عند المفاصلة.[1]

ونصت المادة 34 على امتناع الدين في رأس المال، حذرا من الوقوع في «بيع الدين بالدين» الذي سبق تفصيله في صيغة المرابحة.[2] ولأن مقصد الشركة هو ترويج المال واستثماره، والدين يحول دون ذلك.

لكن، إذا كان الدّين تابعا لما يمكن جعله رأس مال فيجوز، كجَعل «مصنع بما له وما عليه» رأس مال.

وكذلك الحسابات الجارية في البنك يجوز جعلها رأس مال للشركة، وإن كانت تعتبر ديونا بالاعتبار الشرعي، لأنها في حكم المقبوض.[3]

المسألة السابعة: توزيع الأرباح

جاء في المادة 36: **يجب أن يحدد عقد المشاركة كيفيات توزيع الأرباح بين الشركاء على أساس الربح المحقق، وليس في شكل مبلغ محدد مسبقا أو نسبة من رأسمال مال المشاركة.**

وفي المادة 37: **يجوز للأطراف بعد إبرام العقد الاتفاق على تخصيص ما زاد من الأرباح المحققة عن سقف محدد لطرف معين أو عدة أطراف.**

وفي المادة 38: **يجوز تخصيص أجر على شكل مبلغ محدد أو نسبة من الربح أو هما معا للمسيرين من غير الشركاء ومن الشركاء المسيرين بعقد منفصل.**[4]

وما ورد في هذه المواد موافق لما نص عليه المعيار الشرعي الخاص بالشركة.[5]

الربح: هو القدر المالي الصافي للشركة، أي: ما زاد على رأس المال عند التنضيض.

وقد نصت المواد السابقة على بعض الأحكام التي تخص الربح، وهي:

1- انظر: المغني 125/7، المعايير الشرعية 354

2- انظر المسألة الحادية عشرة من المرابحة ص 78 - 80 من هذا الكتاب.

3- انظر: المعايير الشرعية ص 355.329

4- انظر المواد في منشور والي بنك المغرب، الجريدة الرسمية ص 589، العدد 6584

5- انظر المعيار رقم 12 من المعايير الشرعية ص 324 - 363

- لا يوزع إلا الربح المحقق، وفي شكل نسب بين الشركاء.

- جواز الاتفاق بعد العقد على التبرع بنسبة من الربح لطرف أو جهة معينة.

- جواز تخصيص أجر (مبلغ محدد أو نسبة من الربح أو هما معا) للمسير من غير الشركاء. وإن كان من الشركاء فيجوز بعقد مستقل.

فالغرض من الاشتراك هو تحقيق ربح مشروع ينتفع به، ولا يوزع إلا الربح المحقق بعد التنضيض الحقيقي أو الحكمي (حسم المصروفات والنفقات وتصفية رأس المال) حماية لرأس المال، ودفعا لكل افتراضات وتوقعات مثالية.

ويجوز توزيع عائدات أو حسابات قبل التنضيض على أن يعتبر ذلك في التسوية النهائية.

واشتُرِط في حصص الشركاء من الربح كونها نسبة شائعة، لأنها لو كانت مبالغ محددة لانتفى «الاشتراك في الربح». فقد لا يتحصل من الربح إلا المبلغ المحدد لطرف منهم، فيتضرر الآخرون ويحصل التنازع بينهم.

كما يُشترط في نسبة الربح أن تكون مناسبة للحصة من رأس المال والعمل المبذول تحقيقا لعدالة التوزيع.

قال ابن أبي زيد -رحمه الله-: «وتجوز الشركة بالأموال على أن يكون الربح بينهما بقدر ما أخرج كل واحد منهما، والعمل عليهما بقدر ما شرطا من الربح لكل واحد، ولا يجوز أن يختلف رأس المال ويستويا في الربح».[1]

وقال الدردير: «والربح والخسران في مال الشركة بقدر المالين من تساوٍ وتفاوت إن شرطا ذلك، أو سكتا عنه، وتفسد بشرط التفاوت في ذلك ويفسخ العقد إن اطلع على ذلك قبل العمل، فإن اطلع عليه بعده فضّ الربح على قدر المالين».[2]

فدلت هذه النصوص على اشتراط المالكية - ومعهم الشافعية – أن تكون نسبة الربح لكل شريك ملائمة لنسبته في رأس المال. وذهب الأحناف والحنابلة إلى جواز التفاوت بين

1- الرسالة ص219- 220

2- الشرح الكبير 354/3

نسب الربح ونسب رأس المال لكون الشريكين قد يتفاوتا في الخبرة والمهارة والتجربة. وهذا الرأي له وجاهته وواقعيته في عالم المال والأعمال.

وقد حاول المشرع المغربي أن يجمع بين الرأيين، حيث نص في تعريف الشركة السابق أن الأرباح توزع على قدر نسب رأس المال، وأجاز أن يتفق الشريكان على خلاف ذلك لمصلحة الشركة.

ودليل ذلك الأثر عن علي رضي الله عنه: «الربح على ما يصطلح عليه الشركاء والخسارة على قدر المال».[1]

ويجوز أن يتبرّع أحد الشريكين لشريكه بعد العقد بنسبة من الربح.

قال العلامة الدردير شارحا قول خليل: "(ولَهُ) أي: لكل واحد منهما (التبرع) لشريكه بشيء من الربح أو العمل (والسلف والهبة بعد العقد) لا قبله أو فيه".[2]

وفي حال إسناد الإدارة لطرف خارجي يحدد له أجر في شكل مبلغ أو نسبة من الربح أو هما معا.

لكن إذا حُدّدت له نسبة من الربح فقط فلا يجوز إعطاؤه أجرا إضافيا، لأنه يكون بمنزلة "المضارب" حينها. وهذه الحالة لم تنص عليها المادة 38 بوضوح.

أما إذا كان المدير (أو المكلف بمهمة) من الشركاء فقد نصت المادة 38 على جواز تخصيص أجر له إضافة إلى نسبته من الربح، ولكن بعقد مستقل.

فلا يجوز له أن يجمع بين الأجر والنسبة من الربح. لأن ذلك يؤدي إلى ضمان رأس ماله وعدم تحمله الخسارة إن وُجدت بقدر حصته من رأس المال.

وهذا ما ورد في المعايير الشرعية، والتي أضافت صيغة أخرى تتمثل في إمكان زيادة نسبة الشريك المكلف بمهمة من الربح، من غير تحديد أجر بعقد مستقل[3]

1- رواه ابن أبي شيبة في المصنف 268/4
2- حاشية الدسوقي 13/5 - 14
3- انظر: المعايير الشرعية ص 329 - 355.330

المسألة الثامنة: في الضمانات

لم ينص منشور والي بنك المغرب على مسألة الضمانات في "المشاركة" كما نص عليها في صيغتي "المرابحة" و"الإجارة".

والأصل في الشركة أن يد الشركاء هي يد أمانة، وبالتالي لا ضمان عليهم في حال الخسارة إلا إذا ثبت التعدي والتقصير المخل ببنود العقد. وحينها يطالَب المقصّر والمتعدّي بالضمان.

وعليه، يجوز في الشركة مطالبة الشركاء بعضهم البعض بتقديم الضمانات كالكفالة والرهن، بحيث يقتطع منها في حال ثبوت المخالفة والتعدّي.

كما يجوز أن تتعهد جهة مستقلة بضمان الخسائر، شريطة أن يكون تعهدها التزاما مستقلا عن عقد المشاركة، ومن دون مقابل، وألا تكون تلك الجهة الضامنة مالكة أو مملوكة بما زاد عن النصف للجهة المتعهد لها.[1]

خلاصة القول في «المشاركة»:

يظهر بوضوح من خلال استعراض مواد صيغة "مشاركة" أنها استقت أحكامها من معين الفقه المالكي، وكذا مما استجد من فتاوى وأحكام معاصرة، خصوصا ما نصت عليه المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في المعيار الثاني عشر الخاص بالشركة.

وقد فصّلتِ القول في أحكام رأس مال الشركة، وكيفية توزيع الأرباح، وأشكال الإدارة والتسيير.

ولعل من المفيد في منشور والي بنك المغرب تنصيصه على الشكل الثاني من المشاركة، وهو المتعلق بـ"المشاركة المتناقصة"، وهي صيغة جديدة مفيدة في مساعدة الكثير على إطلاق مشاريعهم شراكة مع المؤسسة، ثم الاستقلال بتسييرها وإدارتها بعد تخلي المؤسسة وانسحابها من المشروع ببيع حصصها لهم.

1- انظر: المعايير الشرعية ص 330

كما نسجل غياب الحديث عن الضمانات في "المشاركة" على عكس "المرابحة" و"الإجارة"، وبيّنا جوازها بضوابطها.

المبحث الرابع: صيغة «مضاربة»

خصص منشور والي بنك المغرب المتعلق بالمواصفات التقنية الباب الخامس للحديث عن صيغة «المضاربة» تعريفا لها وبيانا لأحكامها.[1]

المطلب الأول: مفهوم المضاربة

أولا: التعريف القانوني:

جاء في المادة 42: «**يقصد بعقد المضاربة في مفهوم هذا المنشور كل عقد شركة يربط بين مؤسسة أو عدة مؤسسات (رب المال) تقدم بموجبه رأس المال نقدا أو عينا محددة القيمة أو هما معا، ومقاول أو عدة مقاولين (مضارب) يقدمون عملهم قصد إنجاز مشروع معين، ويتحمل المقاول أو المقاولون المسؤولية الكاملة في تدبير المشروع. يتم اقتسام الأرباح المحققة باتفاق بين الأطراف، ويتحمل رب المال وحده الخسائر، إلا في حالات الإهمال أو سوء التدبير أو الغش أو مخالفة شروط العقد من طرف المضارب.**

يقصد بعقد الشركة نظامها الأساسي».[2]

فصيغة «المضاربة» تتم **بعقد شركة** بين عاقدين: **ربّ المال** (مؤسسة أو أكثر) **ومضارب** (مقاول أو أكثر)، فيُقدّم رب المال رأس مال (نقدا أو عينا محددة القيمة، أو هما معا)، ويقوم المضارب بالعمل (تدبير المشروع)، ويقسم الربح نسبة محددة بين العاقدين، ويتحمل رب المال الخسارة لوحده مالم يتعدّ أو يفرط المضارب. وتخضع «المضاربة» لمقتضيات الباب الرابع من المنشور السابق، وكذا للأحكام التشريعية المتعلقة بالأنظمة الأساسية للشركة كما نصت المادة 43.

كما نص المشروع في المادة 44 على أنه يمكن لرب المال أن يفوض المضارب في استثمار رأس المال من غير قيود فيعقدان «**مضاربة غير مقيدة**»، أو يقيده بتحديد نوع ومجال وكيفيات الاستثمار فتكون مضاربتهما «**مضاربة مقيدة**».

1- انظر الجريدة الرسمية، العدد 6548، ص 590- 593

2- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 590، الجريدة الرسمية، العدد 6548.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي:

المضاربة في اللغة: مفاعلة من الضرب، وهو السير في الأرض. يقال: ضرب في التجارة، وفي الأرض، وفي سبيل الله، وضاربه في المال، من المضاربة.

أو كأنّه مأخوذ من الضَّرْب في الأَرض لطلب الرزق. قال الله تعالى:﴿ وآخَرُونَ يَضْرِبُون في الأَرض يَبْتَغُونَ من فَضْل الله﴾[المزمل، 18]

ويطلق لفظ مضارب على العامل لأنه هو الذي يضرب في الأرض رواحا ومجيئا ابتغاء الرزق. وقيل: المضارب صاحب المال، والذي يأخذ المال كلاهما مضارب هذا يضاربه وذلك يضاربه.[1]

والمضاربة هي لغة أهل العراق، وأهل الحجاز يسمونها قراضا أو مقارضة.

والقراض في اللغة:[2] مأخوذ من القرض، وهو ما يفعله الرجل ليجازى عليه من خير أو شر. ومناسبته اتفاق رب المال والعامل على أن ينفع كل منهما صاحبه.

وقيل: القراض من القرض، أي: القطع. وقيل: هو من المقارضة بمعنى المساواة.

المضاربة في الاصطلاح:[3]

هو: « شركة في الربح، بمال من طرف، وعمل من طرف».[4]

وقال الشيخ خليل: «القراض توكيل على تجر في نقد مضروب، مسلم بجزء من ربحه، إن علم قدرهما».[5]

وقال ابن عرفة: « تمكين مال لمن يتّجر به، بجزء من ربحه، لا بلفظ الإجارة».[6]

1- المصباح المنير498/2، التوقيف على مهمات التعاريف ص660، التعريفات ص278 أنيس الفقهاء ص92، مواهب الجليل 356/5.

2- النهاية في غريب الحديث 41/4، لسان العرب مادة(قرض)، الفواكه الدواني 121/2

3- قال النووي: القراض والمضاربة أن يدفع إليه مالا ليتجر فيه والربح مشترك. انظر: المجموع 358/14 وقال ابن قدامة: المضاربة وتسمى قراضا أيضا، ومعناها أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه، على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه. انظر: المغني 134/5

4- التوقيف على مهمات التعاريف ص660، التعريفات ص278.

5- مختصر خليل ص237.

6- شرح حدود ابن عرفة للرصاع 500/2، وانظر: الفواكه الدواني 122/2

وعرّف المضاربة أحد المعاصرين بقوله: « المضاربة عقد يتضمن دفع مال خاص -وما في معناه- معلوم قدره ونوعه وصفته، من جائز التصرف لعاقل مميز رشيد يتجر فيه بجزء مشاع معلوم من ربحه له».[1]

✓ المضاربة في المصفق (البورصة):

يقصد بالمضاربة في المصفق (البورصة) المخاطرات بالبيع والشراء، بناء على التنبؤ بتقلبات الأسعار، بغية الحصول على فارق الأسعار، وفي حال خطأ التنبؤ تدفع فروق الأسعار بدل قبضها. والغالب على تلك المضاربات البيع والشراء من غير تملك ولا تسليم، وإنما المسألة كلها تنحصر في قبض أو دفع فروق أسعار.

وهي بهذه الصفة نوع من البيوع الفاسدة، ولا علاقة لها بالمضاربة الشرعية.[2]

ثالثا: حكم وحكمة المضاربة:

استدل الفقهاء على جواز المضاربة (القراض) بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع.

قال تعالى:﴿وَآخَرُونَ يَضْرِبُون في الأَرض يَبْتَغُونَ من فَضْل الله﴾[المزمل، 18].

وأخرج ابن ماجه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم:» ثلاث فيهن البركة: البيع إلى أجل، والمقارضة، وإخلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع».[3]

وروي بأن العباس بن عبد المطلب -رضي الله عنه- كان إذا دفع مالا مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحرا، ولا ينزل به واديا، ولا يشتري به ذات كبد رطبة، فإن فعل فهو ضامن، فرفع شرطه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجازه.[4] وكان الصحابة يدفعون مال اليتيم مضاربة.

ويلاحظ على أدلة المجيزين أنها أدلة عامة لا تخص المضاربة على وجه التحقيق.

1- انظر: عبد الله الخاطر، المضاربة في الشريعة الإسلامية ص 11.

2- انظر: حسن الأمين، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة ص 20، البنك الإسلامي للتنمية - المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، الطبعة الثالثة 1421هـ

3- رواه ابن ماجه في السنن، كتاب التجارات، باب الشركة والمضاربة.ح2289

4- رواه البيهقي في السنن، كتاب القراض.ح(11391)

وعليه يبقى الدليل البين هو الإجماع، لذلك قال ابن حزم: « كل أبواب الفقه ليس منها باب إلا وله أصل في القرآن والسنة نعلمه ولله الحمد، حاشا القراض فما وجدنا له أصلا فيهما البتة، ولكنه إجماع صحيح مجرد. والذي نقطع عليه أنه كان في عصر النبي صلى الله عليه وسلم وعلمه فأقره».[1]

ويرى ابن تيمية أن القراض دليله الإجماع القائم على النص، فقد أقر النبي صلى الله عليه وسلم التعامل بالقراض، ولم ينه صحابته الكرام عن التعامل به، فيكون دليل الإجماع هو السنة التقريرية.[2]

ولا تخفى على ذوي العقول أهمية المضاربة، فإنها تسهم في إقامة المشاريع التي تتيح فرص العمل والشغل، وتتحرك من خلالها رؤوس الأموال وتنمى، فيسهم كل ذلك في تحريك عجلة التنمية المجتمعية المرجوة.

واختلف أهل العلم في المضاربة، هل تعتبر من الإجارات، أم من المشاركات؟

يرى جمهور الفقهاء أن المضاربة من عقود الإجارات، لأن المضارب يعمل لرب المال مقابل أجر، وهو ما شرط له من ربح. ونظرا لاشتراط معلومية الأجر والعمل في عقد الإجارة فإن الأصل في المضاربة عندهم أنها غرر، لأنها إجارة مجهولة، إذ العامل لا يدري كم يربح في المال، ولكن الشرع جوزها لحاجة الناس للتعامل بها.

فالمضاربة مستثناة من الإجارة المجهولة، ومن السلف بمنفعة، ومن الغرر.[3]

وذهب ابن تيمية وابن القيم إلى أن المضاربة من جنس المشاركات التي لا يشترط فيها العلم بالعوض والمعوض. فهي جائزة على مقتضى القياس الصحيح.[4]

رابعا: أنواع المضاربة:

المضاربة نوعان: مطلقة (عامة) أو مقيدة (خاصة).

1- انظر: مراتب الإجماع لابن حزم ص91
2- مجموع الفتاوى 195/19، وانظر: بداية المجتهد 161/5، المجموع للنووي359/14
3- انظر: القوانين الفقهية ص279، بدائع الصنائع 79/6، مغني المحتاج 310/2
4- انظر: مجموع الفتاوى 83/28-84، إعلام الموقعين 4/2

فشركة **المضاربة المطلقة** هي التي يترك فيها للمضارب حرية التصرف في استثمار المال في الإطار الشرعي، بما يؤدي إلى الهدف منها وهو تحقيق الأرباح.

أما شركة **المضاربة المقيدة**، فهي التي يحدد فيها رب المال للمضارب حدودا يتصرف في إطارها، تتعلق بالمكان، أو الزمان، أو نوع العمل، أو من يعاملهم المضارب. وقد قال الإمام مالك وكثير من التابعين بجواز اشتراط بعض الشروط على العامل» كأن لا يحمل إلا في بحر، أو أن لا يشتري حيوانا، أو أن لا يخرج من بلده، ونحوه».[1]

ويعتبر المضارب مخالفا إذا لم يلتزم بهذه القيود، وضامنا عند الخسارة.

ونلاحظ تطابق شكلي المضاربة الواردين في منشور والي بنك المغرب مع نوعي المضاربة الشرعية.

بعد هذه الوقفة التأصيلية للمضاربة تعريفا وحكما وأنواعا، سندرس بقية مواد «المضاربة» كما وردت في منشور والي بنك المغرب، من خلال جملة مسائل.

المسألة الأولى: في رأس مال المضاربة

جاء في المادة 45: «**يلزم تعيين حصص أرباب المال وتحديدها، وإذا كانت الحصص عينية وجب تحديد قيمتها في عقد المضاربة**».

المادة 46: « **لا يجوز أن تكون حصة رب المال دينا على المضارب أو غيره**».[2]

تتحدث هاتين المادتين عن رأس مال المضاربة وما يشترط فيه من مواصفات.

ومن ذلك أن يكون نقدا محددا معلوما، وإذا كان عينًا وجب تحديد قيمتها في العقد. ولا يجوز أن يكون رأس المال دينا.

وهذه الشروط هي نفسها التي أصلها الفقهاء فيما يتعلق برأس مال المضاربة.[3]

1- انظر: النوادر والزيادات 248/7.
2- انظر المادتين في منشور والي بنك المغرب ص 590، الجريدة الرسمية، العدد 6548
3- إضافة إلى الشروط العامة للمضاربة، والتي هي نفس شروط الوكالة.

✓ الشرط الأول: أن يكون نقدا

ذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط النقد المضروب وما ألحق به في رأس مال المضاربة، واستدلوا بأن رأس المال إذا كان عروضا فسيؤدي إلى الغرر، وبالتالي جهالة الربح وقت القسمة، إذ أن قيمة العروض تعرف بالحزر والظن، وتختلف باختلاف المقوّمين، والجهالة تفضي إلى المنازعة، والمنازعة تفضي إلى الفساد.[1] قال الإمام مالك: "لا تصلح المقارضة إلا بالدنانير والدراهم".[2]

وقال ابن أبي زيد: «والقراض جائز بالدنانير والدراهم، وقد أرخص فيه بِنِقار الذهب والفضة[3] ولا يجوز بالعروض».[4]

وقال ابن رشد:» أجمعوا على أنه جائز بالدنانير والدراهم».[5]

وأرخِص في المضاربة بغير المضروب كَنِقار الذهب والفضة والتّبر والحلي بشرطين اثنين، وهما: 1- التعامل به في بلد العمل. 2- عدم وجود المسكوك.

وعند فَقْدِ هذين الشرطين فلا تجوز المضاربة بهما على المعتمد في المذهب.

وعدم الجواز لا يعني فسخ العقد به ولو حصل العمل، بل يمضي القراض بالعمل وقيل يمضي بمجرد تمام العقد.[6]

وتدخل في مسمى النقد في عصرنا العملات الورقية والمصرفية.

والحكمة في اشتراط الدراهم والدنانير وما في حكمهما، هو كونها أصول الأثمان فهي ثابتة القيمة، ولا يعتريها تغير الأسواق الذي يعتري العروض والسلع.[7]

1- انظر: بدائع الصنائع 82/6، بداية المجتهد 163/5، مغني المحتاج310/2، القوانين الفقهية ص 282

2- انظر: المدونة 86/12

3- النقار بكسر النون هو القطعة الخالصة من الذهب أو الفضة. الفواكه الدواني 122/2

4- الرسالة ص 220

5- بداية المجتهد 163/5

6- انظر: الفواكه الدواني 122/2، مواهب الجليل 359/5

7- المضاربة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة ص 27

قال الإمام مالك: «لا يصلح القراض بغير العين، وإن كان مكيلا أو موزونا، لما يخاف من تغيُّر سعره عند المفاصلة».[1]

وقال ابن جزي:» وإنما يجوز القراض بشروط الأول: أن يكون رأس المال دنانير أو دراهم فلا يجوز بالعروض أو غيرها».[2]

فامتنع غير النقد لأسباب ثلاثة:

الأول: كون المضاربة في الأصل- على رأي الجمهور- غررا، لأنها إجارة مجهولة ويتجلى الغرر في جهالة الربح ومقداره للمضارب ورب المال معا.

لكن الشارع جوزها للضرورة، ولحاجة الناس إلى التعامل بها. لذلك وجب ألا تجوز إلا بما جوّزها الشارع به، وهو النقد المضروب وما في حكمه.

الثاني: تعرّض العروض و كذا المكيلات والموزونات لتغيّر الأسواق، مما يؤثر في قيمتها، وبالتالي تحصل الجهالة في رأس المال والربح معا.

الثالث: العامل في القراض أمين باتفاق الفقهاء، ولا يضمن إلا في حال التعدي والمخالفة. فإذا كان رأس المال عرضا أو نحوه، وزادت قيمته فستنضاف تلك الزيادة إلى الربح، ويأخذ العامل حقه منها، وبالتالي يكون قد ربح مالم يضمن، وهو ما نهت عنه السنّة. [3]

وإذا وقعت المضاربة بالعروض، فإن العامل يكون أجيرا في بيعها، ويكون على مضاربة مثله في الثمن.

قال ابن أبي زيد: «ويكون إن نزل أجيرا في بيعها، وعلى قراض مثله في الثمن».[4]

وخلص فقهاؤنا إلى وضع ضابط جامع لما يصح أن يكون رأس مال لشركة المضاربة وهو: «**كل ما استقرت قيمته، ولم تتأثر بعوامل الارتفاع والانخفاض**».

1- انظر: النوادر والزيادات 243/7. وانظر: المدونة الكبرى47/4
2- القوانين الفقهية ص279 وانظر: بدائع الصنائع 82/6 المجموع 362/14 المغني112/5
3- سبق تخريجه.
4- انظر: الرسالة ص220

قال ابن شاس:» والضابط أن كل ما تختلف قيمته بالارتفاع والانخفاض لا يجوز أن يجعل رأس مال، لأنه إما أن ترتفع قيمته فيجبر بجميع الربح أو بعضه، أو تنقص قيمته فيصير بعضه ربحا، والله أعلم».[1]

ونقل الدسوقي الخلاف في حاشيته فقال:

« لكن قال بعضهم كما في (بن):[2] أن الدراهم والدنانير ليست مقصودة لذاتها حتى يمتنع القراض بغيرها، حيث انفرد التعامل به».[3]

وقال ابن رشد:» فجمهور فقهاء الأمصار على أنه لا يجوز القراض بالعروض وجوزه ابن أبي ليلى». ثم أضاف قائلا:» أما إن كان رأس المال ما به يباع العروض فإن مالكا منعه والشافعي أيضا وأجازه أبو حنيفة...ولكنه أقرب الوجوه إلى الجواز، ولعل هذا هو الذي جوزه ابن أبي ليلى، بل هو الظاهر من قولهم».[4]

وخروجا من هذا الخلاف في العروض، نص المنشور على وجوب تحديد قيمة العين في العقد إذا كانت رأس مال للمضاربة لتفادي تغيّر قيمتها ارتفاعا وانخفاضا.

فمقصود المضاربة هو التصرف من أجل الربح، وهذا يحصل في قيمة العروض كحصوله في الأثمان. [5]

- ✓ **الشرط الثاني: أن لا يكون رأس المال دينا**

مما يشترط في رأس المال إضافة إلى كونه نقدا مضروبا أو ما يلحق به، أن يكون موجودا وحاضرا زمن عقد الشركة. فلا يصح انعقادها بدين ولا رهن ولا وديعة.

جاء في النوادر والزيادات:" كرِه ابن القاسم القراض بالوديعة حتى يحضراها..

1- انظر: منح الجليل 324/7

2- المراد به الشيخ البناني في حاشيته على الزرقاني. قال الدسوقي في المقدمة: «مشيرا بما صورته (بن) للعالم العلامة سيدي محمد البناني محشي الشيخ عبد الباقي» حاشية الدسوقي 11/1.

3- حاشية الدسوقي 517/3

4- انظر: بداية المجتهد 163/5

5- انظر: المعايير الشرعية ص 371

قال ابن القاسم في العتبية: كان مالك يكره القراض بالوديعة، فإن وقع مضى والربح بينهما، ويصدق في التلف. قال ابن حبيب: أكرهه إلا أن يكون عند ثقة مأمون... ومن كتاب محمد، قال مالك: ولا يجوز أن يعطيه دينا له في ذمته قراضا وكذلك لو أحضره فقال: خذه قراضا، لم يجز حتى يقبضه، فإن نزل فليس له إلا رأس ماله. وقاله ابن القاسم... قال مالك: وكما لو أحضر العامل المال وقال: ابقه دينا علي، لم يجز حتى يقبضه منه ثم يسلفه إن شاء. قال محمد: ومن أعرته دنانير فلا تدفعها إليه قراضا حتى يقبضها، ولو كان عرضا لم يجز. ومن لك عنده دنانير رهنا فقارضته بهذا لم يجز حتى يردها، وإن كانت بيد أمين فلا ينبغي أن يعطيها للأمين قراضا حتى يؤدي الحق إلى ربه".[1]

وقال الشيخ خليل:" لا بدَين عليه، واستمر ما لم يقبض أو يحضره ويشهد، ولا بِرَهن، أو وديعة ولو بيده، ولا بِتبر لم يتعامل به ببلده، كفلوس وعرض".[2]

والعلة في عدم تجويز أن يكون رأس المال دينا تتجلى في الحذر من الوقوع في "الكالئ بالكالئ" المنهي عنه في السنة.

ومن صوره "ابتداء الدين بالدين" التي سبق بيانها في مبحث المرابحة.

كما أن المقصود في المضاربة استثمار المال في نشاط اقتصادي حقيقي مثمر، ولا يتأتى ذلك إلا بالنقد الحاضر وما كان في حكمه.

- ✓ **الشرط الثالث: أن يكون معلوم الصفة والمقدارعند العقد**

يعتبر رأس المال واجب الرجوع إليه في نهاية القراض، لذلك وجب العلم به على التفصيل عند العقد. كما أن جهالة رأس المال تؤدي بالضرورة إلى جهالة الربح الذي يمثل الزيادة على رأس المال، ومعلومية الربح شرط لصحة المضاربة فوجب معلومية رأس المال.[3]

1- النوادر والزيادات 245/7، وانظر: المدونة الكبرى 48/4
2- مختصر خليل ص 238
3- انظر: بدائع الصنائع 82/6، المغني 195/5، المجموع 358/14

✓ الشرط الرابع: أن يُسلّم جميع رأس المال إلى المضارب

يشترط الفقهاء أن تطلق يد المضارب في التصرف في رأس المال بحسب نوع المضاربة (مطلقة أم مقيدة) وما اتفق عليه الشريكان. فالمضارب أمين على المال ومسؤول عن العمل وتحقيق الربح الذي هو المقصود من التعاقد.

ويرى جمهور الفقهاء - خلافا للحنابلة - وجوب تسليم كامل رأس المال إلى المضارب ليستقل بحيازته، لأنه مؤتمن عليه. وعدم تسليمه رأس المال يؤدي إلى التضييق عليه والحد من تصرفاته.[1]

جاء في المدونة: "قلت: هل يجوز لرب المال أن يحبسه عنده ويقول للعامل: اذهب واشتر وأنا أنقد عنك، واقبض أنت السلع، فإذا بعت قبضت الثمن وإذا اشتريت نقدت الثمن؟ قال: لا يجوز هذا القراض عند مالك وإنما القراض عند مالك أن يسلم المال إليه".[2]

وعليه، فلا بد من تمكين المضارب من رأسمال المال وتسليمه له ليباشر عمله.

المسألة الثانية: في ربح المضاربة

جاء في المادة 47: «**يجب أن يحدد عقد المضاربة كيفيات توزيع الأرباح بين الأطراف على أساس الربح المحقق، وليس في شكل مبلغ محدد مسبقا أو نسبة من رأس مال المضاربة**».[3]

فالأرباح التي توزع هي الأرباح المحققة من استثمار رأس المال، ولا يجوز أن يحدد أي طرف مبلغا مسبقا من الربح له، أو نسبة من رأس المال، كل ذلك تجنبا للغرر.

ويشترط في نصيب كل طرف من الربح ما يلي:

1- بدائع الصنائع 84/6 مغني المحتاج 310/2 المغني 138/5 المعايير الشرعية ص372.
2- انظر: المدونة 59/4
3- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 591، الجريدة الرسمية، العدد 6548.

✓ **أن يكون نسبة شائعة:**

يشترط الفقهاء بإجماع أن يكون توزيع الربح بين رب المال والمضارب على نسبة شائعة، ولا يجوز أن يكون على مبالغ محددة سلفا، حفاظا على مبدأ "الاشتراك في الربح"، ودفعا للإضرار بالشركاء.

قال الإمام مالك: "... إلا أن يشترط نصف الربح له ونصفه لصاحبه، أَو ثلثه، أَو ربعه، أَو أَقل من ذلك، أَو أكثر، فإذا سمى شيئا من ذلك قليلا أو كثيرا، فإن كل شيء سمى من ذلك حلال، وهو قراض المسلمين".[1]

وقال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة. وممن حفظنا ذلك عنه مالك، و الأوزاعي والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي.[2]

ولم يصح تحديد قدر محدد من الربح لمعنين:

أحدهما: أنه إذا شرط دراهم معلومة احتمل أن لا يربح غيرها، فيحصل على جميع الربح فينتفي مبدأ "الاشتراك في الربح". واحتمل أن لا يربحها، فيأخذ من رأس المال جزءً، وقد يربح كثيرا فيتضرر من شُرطت له الدراهم.

والثاني: أن حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالأجزاء، لما تعذر كونها معلومة بالقدر، فإذا جهلت الأجزاء فسدت، كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلوما به. وأيضا لأن العامل متى شرط لنفسه دراهم معلومة، ربما توانى في طلب الربح واكتفى بما شرَط لنفسه، بخلاف ما إذا كان له جزء من الربح.[3]

وهذا فرق أول أساس بين القرض الربوي والمضاربة الشرعية.

فالقرض له فائدته في جميع الأحوال، وتلك الفائدة تَقِلُّ أو تكثُر حسب المبلغ والزمن الذي يستغرقه القرض. أما المضاربة فقائمة على قاعدة "المغنم والمغرم" والربح مرجو غير محقق، والخسارة ممكنة كذلك. وكلا من الربح والخسارة يتحملهما الشريكان معا.

1- انظر: الموطأ 997/4، المعايير الشرعية ص 372

2- المغني 148/5

3- المصدر نفسه 148/5

✓ **أن تكون نسبة الربح معلومة:**

قال ابن جزي: "من شروط القراض أن يكون الجزء المسمى كالنصف، ولا يجوز أن يكون مجهولا".[1]

فيجب تحديد حصة المتعاقدين من الربح المأمول في العقد، لأن المعقود عليه هو الربح، وجهالته توجب فساد العقد، فوجب معلومية الربح (نسبة كل طرف فيه على وجه التحديد). ويكفي لرفع الجهالة تحديد نصيب أحد الشريكين، لأن الباقي أصبح معلوما أنه من نصيب الآخر.

وفي حال عدم التحديد، فإن العامل يكون له قراض المثل. أو يكون الربح بينهما مناصفة، إذا باشر المضارب العمل.

قال ابن القاسم: ومن دفع إلى رجل مالا قراضا ولم يُسَمِّ ما له من الربح، وتصادقا على ذلك، فله قراض المثل إن عمل. وكذلك إن قال له: لك شِرْكٌ في المال ولم يسمّه وتصادقا على ذلك، كان على قراض مثله إن عمل.

وقال غيره: إذا قال لك شرك في المال ولم يسمه وتصادقا، فذلك النصف».[2]

ولا يجوز أن يقسم الربح حتى ينض رأس المال[3] (التنضيض: هو تصيير المال نقدا سائلا) حقيقة أو حكما، لأنه لا ربح إلا بعد تخليص رأس المال.

المسألة الثالثة: التبرع بنسبة من الربح

جاء في المادة 48: «**يجوز للأطراف بعد إبرام العقد الاتفاق على تخصيص ما زاد من الأرباح المحققة عن سقف محدد لطرف معين أو عدة أطراف**».[4]

وذلك لانتفاء الضرر، وعدم خرق مبدأ «الاشتراك في الربح»، فكل طرف سيأخذ نصيبه المتفق عليه مسبقا. حينها لا بأس أن يُتبرّع بما فَضُل من الربح لطرف أو أكثر حسب اتفاق الشركاء. ورد في المدونة من قول ابن القاسم: «وإذا اشترط المتقارضان عند

1- القوانين الفقهية ص280، وانظر: المدونة 49/4
2- انظر: ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة 508/15، المعايير الشرعية ص 372
3- الرسالة ص220 وانظر: النوادر والزيادات 271/7
4- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 591، الجريدة الرسمية، العدد 6548.

معاملتهما ثلث الربح للمساكين جاز ذلك، ولا أحبُّ لهما أن يرجعا فيه، ولا يقضى بذلك عليهما».[1]

واقترح بعض المعاصرين أن يُجعل هذا الربح المتبرع في صندوق للتكافل، بحيث تغطي به المؤسسة الخسارة إن وُجدت.[2]

المسألة الرابعة: في المضاربة المشتركة

وجاء في المادة 49: **إذا تعدد أرباب المال وجب توزيع الأرباح وتحمل الخسائر بينهم حسب حصصهم في رأس مال شركة المضاربة ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك فيما يخص توزيع الأرباح لمصلحة الشركة.**[3]

الأصل في المضاربة أن تكون ثنائية بين رب المال والعامل.

ويجوز كما سبق في المادة 42 تعدد أرباب المال في المضاربة. وهو ما يسمى بالمضاربة المشتركة، أو المضاربة الجماعية، ولها صور:

- تعدد المسهمين برأس المال، والعامل واحد. وفي هذه الحالة قد تُضَمّ الحصص فيكون رأس المال مشتركا بين المسهمين. وكلهم يضاربون عاملا واحد مشتركا.

- تعدد المسهمين في رأس المال، والعامل واحد، لكن من غير ضمّ الحصص فيكون العامل مضاربا لكل مسهم على حدة.

- تعدد العاملين المضاربين، ورب المال واحد.

- تعدد أرباب المال، وتعدد العاملين المضاربين.

والصورة الأولى هي التي تحدثت عنها المادة 49، حيث يتكون رأس المال من حصص عدد من الشركاء، ويكون العامل واحدا. والربح بينهم نسبة مشاعة.

والمبدأ في المضاربة الثنائية هو نفسه في المضاربة المشتركة، حيث يتم توزيع الربح وتحمل الخسارة على قدر الحصص المسهم بها في رأس المال.

1- المصدر نفسه 606/15

2- انظر: المعاملات المالية المعاصرة لعثمان شبير ص 308

3- منشور والي بنك المغرب ص 592، الجريدة الرسمية، العدد 6548.

ويجوز في الأرباح أن تقسم على خلاف الحصص المسهم بها في رأس المال عند الاتفاق على ذلك.

لكن ثمة إشكالات في تنزيل المضاربة المشتركة في المصارف الإسلامية.[1]

فالصورة المعمول بها تضم أطرافا ثلاثة، وهم: أرباب المال، والمؤسسة، والعامل.

حيث تتلقى المؤسسة (البنك) أموال المودعين لاستثمارها مضاربة، وتقوم المؤسسة بتقديم تلك الأموال بعد خلطها - وقد تضمّ نصيبها إليها- إلى مضارب ثانٍ.

الإشكال الأول: التكييف الفقهي لوضعية المؤسسة (البنك).

اختلف أهل العلم في هذه المسألة على آراء متباينة:

الرأي الأول: اعتبر وضعية المؤسسة مع المودعين كالأجير المشترك، أو كالوكيل عن المودعين. وبالتالي من حق المؤسسة أن تأخذ أجرا عن الخدمة التي قدمتها للمودعين، حيث بحثت لهم عن فرصة جيدة لاستثمار أموالهم من خلال تقديمها لمضاربين يستثمرونها في مشاريع مربحة.

وانتقد هذا الرأي لكون الأجير المشترك أو الوكيل يأخذ أجرة معلومة، ويكون الربح كله لأرباب المال. والحال في المضاربة المشتركة أن الربح يقسم نسبة بين الجميع.

الرأي الثاني: اعتبر العلاقة بين المؤسسة والمودعين علاقة شراكة (شركة عنان). وانتقد هذا الرأي لكون الشركة يُتوجّب فيها معرفة حصة كل شريك بدقة. وهذا يتعذر حصوله في المضاربة المشتركة، لتلاحق حصص رأس المال على مراحل.

الرأي الثالث: اعتبرها مضاربة مطلقة بين المؤسسة والمودعين، حيث تعتبر المؤسسة مضاربا في أموال المودعين (أرباب المال)، ثم تسلم المال لمضارب ثانٍ لاستثماره.

لكن، هل يجوز للعامل دفع مال المضاربة إلى مضارب آخر؟

اختلف الفقهاء في الإجابة عن هذا التساؤل على قولين:

1- انظر: عبد المجيد محمد السوسوة، إشكالات المضاربة المشتركة وحلولها(دراسة فقهية مقارنة) ص229 – 257، مجلة بيت المشورة (قطر). العدد 7، أكتوبر 2017.

القول الأول: للحنفية، ومفاده الجواز، وللعامل الأول ربحه لأنه ضامن للمال.

قال الكاساني: «فأما إذا قال له اعمل برأيك، فله أن يدفع مال المضاربة مضاربة لغيره، لأنه فوض الرأي إليه، وقد رأى أن يدفعه مضاربة فكان له ذلك».[1]

القول الثاني: لجمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة)، ومفاده عدم الجواز إلا بإذن صريح من رب المال، ولا حقَّ للعامل الأول في الربح لأنه لم يُقدِّم مالا ولم ينجز عملا.

قال الخرشي: «يضمن العامل إذا قارض في مال القراض بغير إذن ربه لتعدّيه والربح حينئذ للعامل الثاني ولرب المال، ولا ربح للعامل الأول. لما علمت أن القراض جُعْل لا يُستحَق إلا بتمام العمل، والعامل الأول لم يعمل، فلا ربح له».[2]

وقال ابن قدامة: «إن أذن رب المال في دفع المال مضاربة جاز ذلك، نصَّ عليه أحمد، ولا نعلم فيه خلافا. ويكون العامل الأول وكيلا لرب المال في ذلك، فإذا دفعه إلى آخر ولم يشترط لنفسه شيئا من الربح كان صحيحا. وإن شرط لنفسه شيئا من الربح لم يصح، لأنه ليس من جهته مال ولا عمل، والربح يستحق بواحد منهما».[3]

والمعمول به في المصارف الإسلامية هو ما ذهب إليه الحنفية من جواز أخذ المضارب الأول ربحا في المضاربة المشتركة لكونه ضامنا لمال المودعين.

الإشكال الثاني: خلط حصص المودعين في رأس مال المضاربة.

اتفق الفقهاء على جواز خلط رأس مال المضاربة بمال آخر، سواء كان ذلك الخلط بمال المضارب نفسه أو بمال مضاربة أخرى، فيصبح أرباب المال شركاء في ما بينهم ويكون الربح والخسارة على قدر حصص كل واحد في رأس المال المشترك.

واشترطوا لجواز ذلك أن يتم الخلط قبل بدء العمل في المضاربة، أو بعد التنضيض.

والعلة في ذلك تجنب الغرر والجهالة في الربح والخسارة.

1- انظر: بدائع الصنائع 97/6
2- شرح الخرشي 214/6
3- المغني 50/5

وأجاز المالكية للمضارب أن يخلط مال المضاربة بمطلق العقد[1] لأن ذلك من ضرورات أعمال المضاربة، وعادات التجار لتحقيق الربح.

في حين اشترط الحنفية والحنابلة لجواز ذلك وجود تفويض عام من رب المال.[2]

وذهب الشافعية إلى اشتراط الإذن الصريح من رب المال.[3]

ومسألة الإذن بالخلط يمكن تحقيقها بيسر في المصارف الإسلامية.

ويبقى إشكال تلاحق الأموال بعد بدء المضارب في العمل، والذي من شأنه إلحاق الغرر والجهالة بأطراف المضاربة، فقد تجبر خسارة مال بربح مال آخر.

لكن، مع تطور النظم المحاسبية يمكن أن تصبح تلك الجهالة يسيرة مغتفرة، مع مراعاة مقدار المال المودع والمدة الزمنية التي استعمل فيها عند توزيع الأرباح، وهي ما تعرف بطريقة «النمر» في توزيع الربح.[4]

الإشكال الثالث: التنضيض الحكمي

من أحكام المضاربة أن الربح لا يوزع إلا بعض التنضيض الحقيقي، أي بعد تصفية الشركة وتصيير مال المضاربة نقدا سائلا (يعبر عنه اقتصاديا بتسييل الأصول غير النقدية)، بحيث يمكن معرفة الربح الزائد عن رأس المال.

وهذا الأمر يتعذر في المضاربة المشتركة التي تجريها المصارف الإسلامية، لذلك تلجأ إلى التنضيض الحكمي، بحيث تقوم بتقدير سنوي لوضعية المضاربة من حيث الربح والخسارة دون أن تضطرّ إلى تصفية الشركة.

وقد أجازت فتاوى معاصرة العمل بالتنضيض الحكمي.[5]

1- انظر: مختصر خليل ص267، بداية المجتهد 195/2
2- انظر: الهداية للمرغيناني 234/3، المغني 32/5
3- انظر: الحاوي الكبير للماوردي 320/7
4- انظر: المعاملات المالية المعاصرة لعثمان شبير ص 306
5- انظر: القرار رقم 4 لمجمع الفقه الإسلامي في دورته 16 في يناير 2002م.

الإشكال الرابع: ضمان رأس المال

من أحكام المضاربة المتفق عليها أن يد العامل هي يد أمانة، وبالتالي فلا ضمان عليه في حال الخسارة، إلا إذا ثبت تفريطه وتعديه.

وأجاز بعض المعاصرين جواز ضمان المؤسسة رأس مال المودعين تشجيعا لهم على الإيداع، واعتبروا الضمان تبرعا من المؤسسة، أو لكونها أجيرا مشتركا مطالبا بالضمان، أو يكون الضمان من خلال صندوق تعاوني.[1]

وكل ما استدل به المجيزون للضمان لا يصلح لمعارضة أدلة المنع.[2] لذلك يبقى المخرج هو التأمين التكافلي من خلال إنشاء صندوق من تبرعات المودعين لتغطية الخسائر حال حدوثها، من باب التعاون والتضامن البعيد عن كل غرر.

المسألة الخامسة: الجمع بين الأجروالربح

جاء في المادة 50: **لا يجوز أن يتقاضى أي من الأطراف أجرة محددة مسبقا. ولا مانع إذا اتفق الأطراف على قيام المؤسسة أو المضارب بعمل لا يندرج ضمن أعمال المضاربة أن يكون ذلك مقابل أجر محدد، شريطة أن يكون الاتفاق السالف الذكر بعقد منفصل ومستقل عن عقد المضاربة.**[3]

لا يجوز أن تشترط منفعة زائدة لأحد الشريكين، من غير خلاف بين العلماء، فإن وقع الاشتراط صيَّر القراض مجهولا.[4]

قال الإمام مالك: «لا ينبغي لصاحب المال أن يشترط لنفسه شيئا دون العامل ولا ينبغي للعامل أَن يشترط لنفسه شيئا من الربح خالصا دون صاحبه».[5]

ولم يجز للمضارب أن يشترط مع الربح أجرا لأنه شريك في المال بحصة من الربح.

1- انظر: المعاملات المالية المعاصرة لعثمان شبير ص 308.
2- انظر: إشكالات المضاربة المشتركة وحلولها ص 249 - 251
3- منشور والي بنك المغرب ص 592، الجريدة الرسمية، العدد 6548.
4- انظر: بداية المجتهد 165/5
5- انظر: الموطأ 997/4

وكل من كان شريكا في مال فلا ينبغي له أن يشترط أجرا فيما عمل لأن المضارب يستوجب حصة من الربح على رب المال باعتبار عمله له، فلا يجوز أن يستوجب باعتبار عمله أيضا أجرا مسمى، إذ يلزم عوضان لسلامة عمل واحد له.[1]

لكن، عند قيام أحد الشريكين بعمل لا تقتضيه المضاربة فلا بأس أن يُحدَّد له أجرا على عمله، شريطة أن يكون ذلك بعقد مستقل عن عقد المضاربة.

المسألة السادسة: في تدبير وإدارة المضاربة

جاء في المادة 51: **لا يجوز للمؤسسة أن تباشر تسيير أعمال المضاربة.**

فالمضاربة شراكة بين المال والعمل، حيث تتكفل المؤسسة (البنك) بالتمويل ويتكفل المضارب بالعمل تسييرا وإدارة.

✓ **العمل جميعه على العامل المضارب:**

فالعامل المضارب هو صاحب العمل والإدارة، وله كامل الصلاحية في استثمار مال المضاربة بما يعود بالنفع والفائدة على الشركة. ولا ضمان عليه في ذلك كله حال الخسارة إلا إذا ثبت تعديه وتقصيره ومخالفته.

وإذا اشترط رب المال مشاركة العامل في العمل يبطل القراض عند الجمهور.[2]

وتجوز مساهمة رب المال في العمل إذا كان ذلك من غير شرط، وتحت إدارة المقارض فيكون عمله على سبيل المعونة وليس لقاء أجرة.[3]

✓ **نفقة العامل:**

للعامل وجوبا على رب المال نفقته بشرطين:

أحدهما: السفر، وتحديدا السفر الذي يسهم في تنمية المال، أما السفر لزيارة أهله أو لحج فلا يستوجب نفقة للعامل.

1- انظر: المبسوط 149/22
2- انظر: المعايير الشرعية ص 375 - 376
3- هذه الصورة شبيهة بشركة التوصية في القانون الوضعي، حيث يجوز للموصي(رب المال) التدخل في أعمال الإدارة الخارجية للشركة دون الأعمال الداخلية.

ثانيهما: أن يكون رأس المال ذا بال. جاء في النوادر والزيادات:" ومن قول مالك إنه إن كان السفر قريبا أنفق في طعامه وركوبه، ولا يكتسي إلا في بعيد السفر وكثرة المال، وإذا كان المال قليلا فلا نفقة فيه، ولا كسوة، ولا ركوب".[1] وفي الرسالة:" وللعامل كسوته وطعامه إذا سافر في المال الذي له بال، وإنما يكتسي في السفر البعيد".[2]

وبلغة العصر، يميز بين النفقة الشخصية والنفقة التجارية، فالأولى تكون من مال المضارب، والثانية تجوز من مال المضاربة، ويجوز تحديدها بمبلغ مقطوع بحسب البلد كما يجري اليوم في المهمة الرسمية للموظف.

- ✓ **لا ضمان على العامل مالم يتعدّ أو يفرّط:**

يد العامل في شركة المضاربة هي يد أمانة لا يد ضمان ما دام وفيا لما اتفق عليه.

وعنصر المخاطرة أساس تقوم عليه المضاربة الشرعية، بحيث يكون الغنم بالغرم.

ولا يتحمل العامل أي ضمان، أو أي تبعات في حال فشل المشروع مادام لم يخرج عن المتفق عليه في العقد، ولم يثبت تعديه أو تفريطه.

قال ابن قدامة:" متى شرط على المضارب ضمان المال، أو سهما من الوضيعة، فالشرط باطل لا نعلم فيه خلافا".[3]

وهذا وجه ثان أساس، يميّز المضاربة الشرعية عن القرض الربوي المحرم.

ولكن عند تعدي العامل ومخالفته، تترتب عليه تبعات لوحده، ولا يتحمل معه رب المال شيئا. وهذا ما يعبر عنه بمبدأ المسؤولية المحدودة لرب المال في الشركة.

وقد نصّ الإمام مالك على هذا المبدأ بقوله: "إذا تعدى العامل فخالف ما أُمر به أو فعل ما نهي عنه ضَمِن، ويباع عليه ما نهي عن شرائه، فإن كان فيه فضل فهو على القراض، وإن كان نقصان ضَمِنه، فإن شاء رب المال ضمّنه جميع الثمن وترك ذلك

1- النوادر والزيادات 261/7
2- انظر: الرسالة ص 220
3- انظر: المغني لابن قدامة 183/5

له، وإن شاء أمضى ذلك على القراض، وإن لم يشعر لذلك حتى باعها بربح فذلك على القراض، فإن بيعت بنقص ضَمنه.

قال: وإذا نهى رب المال العامل عن العمل بالمال وأمره أن يرده، وهو عينٌ بَعْدُ، فتعدّى واشترى به سلعة فربِح، فالربح هاهنا له، كَمَال الوديعة، والضمان عليه".[1]

✓ **مراقبة أعمال المضارب:**

جاء في المادة 52: **يحق للمؤسسة مراقبة حسابات العمليات التي يتم إنجازها في إطار عقد المضاربة والوثائق المتعلقة بها وفق النصوص التشريعية الجاري بها العمل. ويجب أن ينص عقد المضاربة على كيفيات ومواعيد تلك المراقبة.**

يجوز للمضارب أن يقوم بفتح حساب في شأن المضاربة لدى المؤسسة.[2]

رأينا سابقا بأن العمل والإدارة في المضاربة من اختصاص العامل. ونصت هذه المادة على جواز مراقبة المؤسسة (البنك) لسير أعمال المضاربة، وذلك من خلال كيفيات ومواعيد منصوص عليها سلفا في العقد.

كما جوزت المادة للمضارب أن يفتح حسابا بشأن المضاربة لدى المؤسسة.

ولا حرج في ما ورد في المادة فقها، فالمؤسسة هي صاحبة التمويل، ومن حقها المراقبة والمتابعة للاطمئنان على رأس مالها، ومدى التزام العامل بما اتفق عليه مسبقا. وتكون المراقبة في مواعيد محددة وبكيفيات منصوص عليها في العقد.

مع الاحترام التام لمسؤوليات العامل واختصاصه في التسيير والتدبير.

المسألة السابعة: في معطيات عقد المضاربة

جاء في المادة 53: **مع مراعاة مقتضيات المادة 43 أعلاه، ينص عقد المضاربة خاصة على المعلومات التالية:**

- غرض المضاربة.

1- النوادر والزيادات 281/7

2- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 592، الجريدة الرسمية، العدد 6548

- هوية الأطراف.

- نوعية المضاربة (مقيدة أو غير مقيدة)، ومقتضيات التقييد إن اقتضى الحال.

- مدة المضاربة، وكيفيات مراجعتها باتفاق الأطراف إن اقتضى الحال.

- كيفيات توزيع الأرباح.

- حصص أرباب المال، مبلغها وطبيعتها وكذا النصيب الإجمالي للشركاء المتضامنين وتوزيع عائد التصفية.

- حقوق والتزامات الأطراف.

- شروط وكيفيات حل المضاربة.[1]

نصت هذه المادة على ما يجب ذكره في عقد المضاربة من تحديد الغرض منها ونوعها، وهوية عاقديها، وحصصهم، وكيفية توزيع الأرباح بينهم، وأجل المضاربة وحقوق والتزامات كل طرف، وكيفيات حل المضاربة وإنهائها.

ومعلوم أن العقد شريعة المتعاقدين، ومن شأن ضبط هذه المعطيات أن تحدد الحقوق والواجبات بين الشريكين، وتدفع عنهما الغرر والضرر. وهذا من صميم الشريعة التي تسعى لإزالة الضرر ودرء الفساد والنزاع عن معاملات الناس وتصرفاتهم.

وسبق تناول ما ورد في هذه المادة بتفصيل، وبقيت مسألتان سنتناولهما تباعا.

المسألة الثامنة: تحديد مدة للمضاربة

نصت المادة 53 السابقة على تحديد مدة المضاربة في العقد، وبيان كيفية مراجعتها إن اقتضى الحال.

وتحديد المدة في المضاربة مسألة خلافية بين الفقهاء، والجمهور على فساد المضاربة إذا ضُرِب لها أجل، والعلة أنه قد ينتهي الأجل ولا يُستوفى العمل، فيضيع المال والجهد،

1- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 592 - 593، الجريدة الرسمية، العدد 6548

ويتضرر الطرفان. فمن شروط صحة القراض (المضاربة) في المذهب المالكي» أن لا يضرب له أجل».[1]

ودليل الجمهور أن المضاربة من عقود التمليكات إذ فيها تمليك للربح، وعقود التمليكات لا تقبل التعليق كما لا تقبل الإضافة والتأقيت.

وأجاز الحنفية والحنابلة تعليق المضاربة وتأقيتها، لأنها كالوكالة تفيد إطلاق التصرف للمضارب والإذن له بذلك، فهي من عقود الإطلاقات والإسقاطات.

قال الكاساني: "ولو قال خذ هذا المال مضاربة إلى سنة جازت المضاربة عندنا وقال الشافعي رحمه الله: المضاربة فاسدة له".[2]

وقال ابن جزي: "ومن شروط القراض ألا يضرب أجل العمل خلافا لأبي حنيفة".[3]

ورجحت المعايير الشرعية القول بجواز تحديد المدة، لكون المضاربة توكيلا يحتمل التخصيص.[4] وهو ما أكده مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم 122 في دجنبر 2001م. وعليه العمل في المصارف الإسلامية.

المسألة التاسعة: إنهاء المضاربة

نصت المادة على وجوب تضمن العقد شروط وكيفيات حل المضاربة، لكنها لم توضح كيف ومتى تنتهي المضاربة.

تعتبر المضاربة من العقود غير اللازمة، ويمكن إنهاؤها عند جمهور الفقهاء بفسخ العقد بالإرادة المنفردة لأحد العاقدين أو بموته. قال صاحب المغني: « والمضاربة من العقود الجائزة، تنفسخ بفسخ أحدهما أيهما كان، وبموته، وجنونه، والحجر عليه لسفه، لأنه متصرف في مال غيره بإذنه فهو كالوكيل.»[5]

كما تنتهي بانتهاء مدة المضاربة المحددة عند الحنفية والحنابلة الذين يجيزون تأقيتها.

1- منح الجليل 321/7، مواهب الجليل 358/5
2- انظر: بدائع الصنائع 99/6
3- القوانين الفقهية ص 280
4- انظر: المعايير الشرعية ص 384.
5- انظر: المغني 179/5

أما المالكية فقالوا بأن العقد وإن كان من العقود الجائزة فإنها تصبح لازمة، ولا يجوز لأحد الطرفين فسخ العقد إذا بدأ المضارب العمل، وكان رأس المال غير ناض لما في ذلك من إلحاق الضرر بالآخر.

أما قبل الشروع في العمل فيجوز إنهاؤها بإرادة أحد طرفيها أو باتفاقهما لكونها من العقود الجائزة.

قال ابن رشد: «أجمع العلماء على أن اللزوم ليس من واجب عقد القراض، وأن لكل واحد منهما فسخه مالم يشرع العامل في القراض، واختلفوا إذا شرع العامل: فقال مالك: هو لازم، وهو عقد يورث، فإن مات وكان للمقارض بنون أمناء كان لهم أن يأتوا بأمين. وقال الشافعي وأبو حنيفة: لكل واحد منهما الفسخ إذا شاءوا وليس هو عقد يورث.

فمالك ألزمه بعد الشروع في العمل لما فيه من ضرر ورآه من العقود الموروثة، والفرقة الثانية شبهت الشروع في العمل بما قبل الشروع في العمل».[1]

كما تنتهي المضاربة بهلاك رأس المال.

لذا وجب توجيه ما ورد في هذه المادة بخصوص «**مدة المضاربة**» و«**شروط وكيفيات حل المضاربة**» بما ذكرناه.

وإجمالا يشترط فقهاء المذهب لصحة القراض شروطا عشرة ذكرها العلامة عليش بقوله: «نقد رأس المال للعامل، وكونه معلوما، وكونه غير مضمون عليه، وكونه بما يتابع أهل البلد من العين مسكوكا كان أو غير مسكوك، ومعرفة الجزء الذي تقارضا عليه من ربحه، وكونه مشاعا لا مقدرا بعدد ولا تقدير، وأن لا يختص أحدهما بشيء معين سواه إلا ما يضطر إليه العامل من نفقة ومؤنة في السفر، واختصاص العامل بالعمل، وأن لا يضيق عليه بتحجير أو بتخصيص يضر بالعامل، وأن لا يضرب له أجل».[2]

1- بداية المجتهد 240/2

2- منح الجليل 321/7، مواهب الجليل 358/5

خلاصة القول في «المضاربة»:

تعتبر صيغة "المضاربة" الشرعية صيغة فريدة يتزاوج فيها المال والعمل ويشتركان جنبا إلى جنب، وبالتالي تسعفنا في تجاوز سلبيات وموبقات صيغة "القرض بفائدة" المشؤومة.

والمال والعمل من أهم عناصر وموارد الإنتاج الاقتصادي، وقد يتوفران معا فيسهمان في نشاط اقتصادي مثمر، وقد يتوفر أحدهما ويغيب الآخر فيتعطل النشاط. وفي هذه الحال شرع الإسلام صيغة "المضاربة"، حيث يشترك المال والعمل ويتكاملان بضوابط مُحكَمة مُنصفة، قائمة على مبدأ ارتباط "الغنم بالغرم".

وتبيّن من خلال مباحث صيغة المضاربة أن المشرع المغربي سار على ما استقر عليه العمل في المصرفية الإسلامية، بناء على تأصيلات الفقهاء وتخريجاتهم.

ولعل من أبرز قضايا المضاربة تلك المتعلقة بالمضاربة المشتركة، وقد رأينا إشكالاتها.

لذلك يوصي بعض الباحثين باعتماد صيغة "الشركات المساهمة" بدل المضاربة المشتركة، مع الإبقاء على المضاربة في صيغتها الثنائية.

المبحث الخامس: صيغة «السلم»

خصّص منشور والي بنك المغرب الباب السادس لعقد السلم، فقام بتعريفه، وبيان المواصفات التقنية الواجب توفرها لصحة التمويل بهذه الصيغة.[1]

المطلب الأول: مفهوم السلم

أولا: التعريف القانوني:

جاء في المادة 54: يقصد بعقد السلم كل عقد يعجل بمقتضاه أحد المتعاقدين، المؤسسة أو العميل بصفته مشتريا (رب السلم) مبلغا محددا يسمى الثمن (رأس مال السلم) للمتعاقد الآخر الذي يلتزم بصفته بائعا (مسلما إليه) بتسليم مبيع يثبت في الذمة (مسلم فيه) مضبوط بخصائص محددة في أجل محدد متفق عليه.[2]

فالسلم عقد بيع، **عاقداه**: البائع (المسلم إليه: المتعاقد) والمشتري (رب السلم: المؤسسة). و**المعقود عليه** (المسلم فيه): مبيع مؤجل موصوف في الذمة. و**الثمن** (رأس مال السلم): مبلغ محدد معجل.

ثانيا: التعريف الفقهي:

السَّلَمُ في اللغة[3]-بفتح السين المشددة واللام-: الإعطاء، والتَّرك، والتسليف والتقديم. يقال: أسلم الثوب إلى الخياط، أي أعطاه. وقال تعالى: ﴿بِمَا أسلَفْتُم في الأيّامِ الخَالِية﴾ [الحاقة، 23] أَي: بما قدّمتم.

ويقال له السَّلف أيضا، لأن كلا منهما فيه إثبات مال في الذمَّة، مبذول في الحال وعوضه مؤجل.

والسلم لغة أهل الحجاز، والسلف لغة أهل العراق.[4]

1- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 593- 596، الجريدة الرسمية، عدد 6548
2- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 593، الجريدة الرسمية، عدد 6548
3- انظر: مختار الصحاح مادة (سلم)، النهاية في غريب الحديث396/2
4- انظر: الإقناع للماوردي 102/2، فتح الباري 428/4

والسلم في الاصطلاح الفقهي:[1] بيع موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلا.

وعرفه فقهاؤنا المالكية بأنه:

عقد معاوضة، يوجب عِمارة ذمّة، بغير عين ولا منفعة، غير متماثل العوضين.[2]

أو هو: بيع موصوف مؤجل في الذمة بغير جنسه[3]

محترزات التعريف:

- بيع موصوف: خرج به بيع المعيّن.

- مؤجل في الذمة: خرج به السلم الحال، الذي لا يصح عند جمهور الفقهاء.

- بغير جنسه: خرج به ما بِيع بجنسه، فإنه يشترط فيه التقابض في مجلس العقد.

ثالثا: حكمه وحكمته:

عقد السلم جائز بالكتاب والسنة والإجماع.

فمن الكتاب قول الله سبحانه و تعالى: ﴿وأحلّ اللّهُ البيْع﴾[البقرة، 274].

وقوله تعالى: ﴿يأيُّها الذين آمنُوا إذا تدَاينتُم بدَين إلى أَجلٍ مُّسمًّى فاكتُبُوه﴾ [البقرة،281] وقد استدل بهذه الآية غير واحد على جواز السلم.

قال ابن عباس-رضي الله عنهما-: أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأَذِنَ فيه، ثم قرأ هذه الآية.[4]

1- انظر: حاشية ابن عابدين 209/5، المغني 338/4، المنهاج للنووي 34/11

2- انظر: حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع 395/2، مواهب الجليل 476/6

3- الشرح الصغير على أقرب المسالك 105/3

4- فتح الباري 435/4. وانظر: المستدرك للحاكم، كتاب التفسير، باب في تفسير سورة البقرة.ح(3130)، سنن البيهقي، كتاب البيوع، باب جواز السلف المضمون...ح(10864)

وفي حديث ابن عباس -رضي الله عنهما- أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قَدِم المدينة وهم يسلفون بالتمر السنتين والثلاث، فقال:" من أسلف في شيء ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم".[1]

وأخرج الإمام البخاري عن محمد بن أبي مجالد قال: أرسلني أبو بردة، وعبد الله بن شداد إلى عبد الرحمن بن أبزى وعبد الله ابن أبي أوفى، فسألتهما عن السلف فقالا: كنا نصيب المغانم مع رسول الله صلى الله عليه و سلم، فكان يأتينا أنباط من أنباط الشام فنسلفهم في الحنطة، والشعير، والزبيب، إلى أجل مسمى. قال: قلت: أكان لهم زرع، أم لم يكن لهم زرع؟ قالا: ما كنا نسألهم عن ذلك".[2]

وأجمع فقهاء المذاهب على جواز السلم.

قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز.[3]

واختلف الفقهاء في كون السلم جاريا على وفق القياس ومقتضى القواعد الشرعية، أم أنه شُرِع استثناءً على خلاف ذلك لحاجة الناس إليه.

فقال الجمهور -ومنهم المالكية- أن السلم عقد جائز على خلاف القياس، لأنه مستثنى من قول النبي صلى الله عليه وسلم: "لا تبع ما ليس عندك"[4] إذ المسلم فيه (المبيع) يكون معدوما عند العقد.

وذهب ابن حزم، وابن تيمية، وابن القيم، إلى أن السلم جاء وفق القياس وليس فيه مخالفة للقواعد الشرعية، لأنه بيع مضمون في الذمة، موصوف مقدور على تسليمه غالبا، وهو كالمعاوضة على المنافع في الإجارة.[5]

1- رواه البخاري في الصحيح، كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم. ح2152، ورواه مسلم في الصحيح، كتاب المساقاة، باب السلم.ح3111. واللفظ للبخاري.

2- رواه البخاري في الصحيح، كتاب السلم، باب السلم إلى أجل معلوم.ح(2136)، ورواه البيهقي في السنن كتاب البيوع، باب السلف في الشيء ليس في أيدي الناس إذا شرط محله في وقت يكون موجودا فيه.ح(10875)

3- انظر: المغني لابن قدامة 338/4

4- سبق تخريجه.

5- انظر: المحلى لابن حزم 105/9، إعلام الموقعين 2/19- 20

وعقد السلم من العقود المفيدة جدا في توفير التمويل اللازم لكثير من الأنشطة الاقتصادية في قطاعات الزراعة والصناعة والتجارة، فكان في إباحته رفع للحرج عن الناس وإرفاق بالبائع والمشتري. قال ابن قدامة: "ولأن بالناس حاجة إليه، لأن أرباب الزروع والثمار والتجارات يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم وعليها لتكمل وقد تعوزهم النفقة، فجوز لهم السلم ليرتفقوا ويرتفق المسلم بالاسترخاص".[1]

رابعا: أقسام السلم:

يقسم الفقهاء السلم باعتبارات مختلفة:[2]

- **باعتبار التوقيت**، ينقسم إلى: السلم الحال المختلف فيه (جوزه الشافعية فقط) والسلم المؤجل الجائز باتفاق.

- **باعتبار المسلم فيه**، ينقسم إلى: السلم في العروض، وفي الحيوان، وفي النقود.

- **باعتبار نوع العقد**، ينقسم إلى:

السلم العادي: وهو ما يبرمه العاقد مع عزمه على تنفيذه بنفسه.

السلم الموازي: وهو أن يبرم العاقد صفقة شراء بالسلم، ثم يبرم صفقة بيع بالسلم دون ربط بينهما، ويعزم على أن ينفذ الصفقة الثانية مما يتسلمه من الأولى.

بعد تعريف السلم وبيان حكمه وأنواعه سندرس باقي المواد التي نظمت صيغة "السلم" من خلال المسائل التالية:

المسألة الأولى: في شروط المسلم فيه (المبيع)

جاء في المادة 55: يشترط في المبيع موضوع عقد السلم أن يكون مطابقا لأحكام الشريعة الإسلامية.[3]

نصّت المادة 54 السابقة على شرط أن يكون المسلم فيه مضبوطا بخصائص محددة. ونصت هذه المادة على شرط المطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية.

1- انظر: المغني 338/4

2- انظر: القبس 373/3-374، بداية المجتهد 84/5-86

3- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 593، الجريدة الرسمية، عدد 6548

وذكر الفقهاء شروطا كثيرة لصحة بيع السلم[1] ومن ذلك شروط المسلم فيه.

الشرط الأول: أن يكون مالا مُتَقوّما

اتفق الفقهاء على اشتراط أن يكون المسلَم فيه مالا متقوما، وهو المال المتضمن لمنفعة معتبرة شرعا. فإذا كان مالا غير متقوم فلا يجوز العقد عليه، ومن ذلك الخمر، والخنزير، أو غير ذلك مما لا يُعَدُّ مالا منتفعا به شرعا.

قال العلامة الرصاع -رحمه الله-:» إن المعتبر في التقويم إنما هو مراعاة المنفعة التي أذن الشارع فيها، وما لا يؤذن فيه فلا عبرة به، فلا تعتبر قيمته، لأن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا».[2]

فالمال المتقوم يصح العقد عليه، ويجوز أن يكون موضوعا للسلم، ويَضْمَن متلفه. بخلاف المال غير المتقوم. وعليه، يجوز في المسلم فيه أن يكون من المواد الخام أو من المزروعات أو من المصنوعات.

الشرط الثاني: أن يكون من غير جنس رأس السلم

جاء في المادة 56: «لا يجوز أن يكون موضوع عقد السلم وحدات نقدية، ويجوز أن يكون موضوع عقد السلم ذهبا أو فضة، ما لم يكن الثمن ذهبا أو فضة».[3]

فلا يُسلَم في الوحدات النقدية، ولا في الذهب والفضة في جنسهما تفاديا للربا.

وللعلة ذاتها اشترط الفقهاء في عقد السلم أن يكون غير متماثل العوضين.

1- ذكر القرافي أربعة عشر شرطا لجواز السلم. انظر: الفروق 1074/3- 1081. وانظر في شروط السلم: مختصر خليل ص 193- 197، حاشية الدسوقي 195/3-210، الشرح الصغير105/3-212، المقدمات الممهدات 135/3-136

2- انظر: حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع 651/2، وانظر: أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة 400/5، دار الغرب الإسلامي - بيروت 1994م.

3- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 593، الجريدة الرسمية عدد 6548.

قال ابن أبي زيد:» ولا يجوز أن يكون رأس المال من جنس ما أسلم فيه، ولا يسلم شيء في جنسه أو فيما يقرب منه، إلا أن يقرضه شيئا في مثله صفة ومقدارا والنفع للمتسلف».[1]

وعليه، لا يجوز أن يكون رأس المال والمسلم فيه طعامين، أو نقدين، أو شيئا واحدا من أي نوع كان، إلا إذا اختلفت المنافع والأغراض وتعددت بذلك الأصناف.

قال الشيخ خليل:» وأن لا يكونا طعامين، ولا نقدين، ولا شيئا في أكثر منه أو أجود كالعكس، إلا أن تختلف المنفعة» ثم أضاف: « وكالجنسين ولو تقاربت المنفعة».[2]

وقال ابن رشد:» وأما تسليم العروض بعضها في بعض كانت مما يكال أو يوزن، أو مما لا يكال ولا يوزن، والحيوان بعضه في بعض، فذلك كله جائز في مذهب مالك وجميع أصحابه إذا اختلفت الأصناف، أو اختلفت المنافع والأغراض في الصنف الواحد... وأما تسليم العين بعضه في بعض، بالذهب في الفضة أو الفضة في الذهب، أو الذهب في الذهب أو الفضة في الفضة فذلك لا يجوز بإجماع أهل العلم، وكذلك الطعام كله بجميع أصنافه كان مما يكال أو يوزن، أو مما لا يكال ولا يوزن، كان مما يدخر أو مما لا يدخر لا يجوز بعضه في بعض»[3]

فالشرط الأساس أن لا يجمع في البدلين (رأس مال السلم والمسلم فيه) إحدى علتي الربا، على اختلاف تحديد العلة عند الفقهاء.

ونص فقهاؤنا المالكية على أنه إذا تساوى رأس المال والمسلم فيه في الصفة والقدر وكان النفع للمتسلف، يقع العقد قرضا، وإن سُمّي سلما. جاء في مختصر الشيخ خليل: «والشيء في مثله قرض».[4]

ويفهم من المادة السالفة أنه لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يكون موضوع السلم (المبيع) وحدات نقدية ولو كان الثمن عرضا غير نقد.

1- الرسالة ص216
2- مختصر خليل ص194
3- انظر: المقدمات الممهدات 147/3. 152- 153
4- مختصر خليل ص194 وانظر: الرسالة ص 216

والتحقيق أن هذا رأي الحنفية الذين قالوا بعدم جواز كون المسلم فيه نقدا، لأن المسلم فيه لا بد أن يكون مثمنا، والنقود أثمان فلا يصح أن تكون مسلما فيها.

قال الكاساني: «لأن المسلم فيه مبيع، لما روينا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم. سمى السلم بيعا، فكان المسلم فيه مبيعا، والمبيع مما يتعين بالتعيين، والدراهم والدنانير لا تتعين في عقود المعاوضات، فلم تكن مبيعة، فلا يجوز السلم فيها».[1]

وجمهور الفقهاء على جواز السلم في النقود، إذا كان رأس المال من غيرها.

واستدلوا بأن النقود من الموزونات، وبأن كل ما جاز أن يكون في الذمة ثمنا جاز أن يكون مسلما فيه، ولأن ضبطها بالصفة ممكن بذكر نوع فضتها أو ذهبها وسكتها ووزنها. ولأنها لما جازت مبيعا في الصرف جازت مبيعا في السلم.

قال ابن قدامة: «لأنها تثبت في الذمة صداقا، فتثبت سلما كالعروض. ولأنه لا ربا بينهما من حيث التفاضل ولا النساء، فصح إسلام أحدهما في الآخر كالعرض في العرض».[2]

وعليه، يكون منشور بنك المغرب قد خالف رأي الجمهور - ومنهم المالكية- في هذه المسألة.

الشرط الثالث: أن يكون معلوما موصوفا في الذمة

جاء في المادة 58: يحدد عقد السلم خصائص البضاعة ولا سيما من حيث الجنس والنوع والمقداروالجودة. ولا يمكن أن يكون موضوع عقد السلم بضاعة معينة بذاتها أوليس لها نظير أوغير محددة الخصائص أولا تثبت في الذمة.

ولا يشترط أن تكون البضاعة موجودة ولا في ملكية البائع عند إبرام عقد السلم.[3]

جمعت هذه المادة جملة شروط تشترط في المسلم فيه (المبيع: البضاعة)، وهي:

أن يكون معلوما موصوفا، دينا في الذمة غير معين الذات، مؤجلا إلى أجل معلوم.

1- انظر: بدائع الصنائع 212/5

2- انظر: المغني 474/5

3- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 594، الجريدة الرسمية عدد 6548.

قال صاحب التحفة:[1]

وشرط ما يُسلَم فيه أن يُرى --- متَّصفا مؤجَّـلا مُقـــدَّرا

- أن يكون دينا في الذمة:

يشترط الفقهاء في المسلم فيه أن يكون دينا في الذمة، إذ لا يجوز السلم في الأعيان الحاضرة، ولا في ما لا يثبت في الذمة كالأراضي والبنايات والأشجار.

قال صاحب التحفة:[2]

فيما عدا الأصول جوّزِ السلم --- وليس في المال ولكن في الذمم

واستدل الفقهاء لاشتراط كونه دينا في الذمة، بما أخرجه ابن ماجه عن عبد الله بن سلام-رضي الله عنه- قال: جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: إن بني فلان أسلموا (لقوم من اليهود) وإنهم قد جاعوا، فأخاف أن يرتدّوا. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: من عنده؟ فقال رجل من اليهود: عندي كذا وكذا (لشيء قد سماه) أراه قال: ثلاثمائة دينار، بسعر كذا وكذا، من حائط بني فلان.

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: بسعر كذا وكذا، إلى أجل كذا وكذا، وليس من حائط بني فلان».[3]

فالشاهد عندهم قول النبي صلى الله عليه وسلم: «إلى أجل كذا وكذا، وليس من حائط بني فلان»، حيث أجراه في الذمة ورفض تعيينه.

ثم إن المبيع إذا كان معينا مملوكا فما الداعي إلى تأجيل تسليمه؟

وإذا لم يكن مملوكا فهو من بيع ما لا يملك المنهي عنه في السنّة.

1- البهجة شرح التحفة 258/2

2- البهجة شرح التحفة 256/2

3- رواه ابن ماجه في السنن، كتاب التجارات، باب السلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم.ح(2281) قال الألباني: ضعيف. انظر سنن ابن ماجه 765/2

- أن يكون موصوفا معلوما:

وتتحقق المعلومية بتحديد الجنس والنوع والمقدار والجودة، سواء كان رأس المال نقدا أو غيره، وبذلك ترتفع الجهالة عنه. و«طريق العلم شيئان، أحدهما: النظر، وذلك لا يمكن فيما في الذمة. ويزيله الخبر، وذلك يكون بالصفات. فصفة الغائب تحصره علما، وترفع الاشتراك حكما، ولابد من ذكر الصفات الأصلية الحاضرة».[1]

ولذلك، فقد منع الفقهاء السلم في كل ما لا تضبطه الصفات.

قال النووي:» وأجمعوا على اشتراط وصفه بما يضبط به».[2]

وقال القرافي:» ما تقرر قرضا تقرر سلما، بجامع ضبط الصفة».[3]

وقال المقري:» كل ما لا تضبطه الصفات، أو يؤدي ضبطه بالصفات المعتبرة فيه إلى تعيينه، فلا يجوز السلم فيه»[4]

ويقتصر في الوصف على الصفات المؤثرة في الثمن والقيمة من غير استقصاء كل الصفات، حتى لا يؤدي ذلك إلى تعذر التسليم من أجلها.

وتتحقق المعلومية بكل وسيلة ترفع الجهالة عن المقدار الواجب تسليمه، وتضبط الكمية الثابتة في الذمة دينا. وقد بيّن الفقهاء الوسائل المعتمدة في عصرهم.

قال ابن العربي:» وطريق العلم بالتقدير من ثلاثة أوجه: الكيل، والوزن، والعد. وذلك ينبغي على العرف في ذلك. إما عرف الشرع، وإما عرف الناس».[5]

فالوزن فيما يوزن، والكيل فيما يكال، و العد فيما يعد.

وأضافوا الذرع فيما يذرع، و الوصف فيما لا يوزن ولا يكال ولا يعدّ.[6]

1- انظر: القبس لابن العربي 270/3
2- شرح مسلم 35/11، وانظر: المغني 339/4
3- الذخيرة 245/5
4- محمد بن محمد بن أحمد المقري، الكليات الفقهية ص154، دراسة وتحقيق: محمد بن الهادي أبو الأجفان الدار العربية للكتاب 1997م.
5- القبس 271/3
6- انظر: القوانين الفقهية ص 177

وكل ما مثَّل به الفقهاء قديما مما لا يصح به السلم[1] تغيّر مناطه في عصرنا. فالتطور الصناعي والتقني، ووجود خبراء مختصين في ميادين الجودة، وغير ذلك مما استجد في زماننا، كله ساعد على إمكان تعميم العقد بالسلم على أشياء كثيرة وفي ميادين متنوعة، زراعية وصناعية وتجارية وخدماتية، وغير ذلك.

لذلك فالضابط المحكم الذي ينبغي أن تضبط به الأشياء المسلم فيها هو:

«متى أمكن ضبطها، والعلم بها، صحَّ السلم فيها».

وجاء في المادة أيضا أنه لا يشترط وجود المبيع، ولا تملكه زمن التعاقد.

وقد أخرج البخاري عن محمد بن أبي مجالد قال: أرسلني أبو بردة، وعبد الله بن شداد إلى عبد الرحمن بن أبزى وعبد الله ابن أبي أوفى، فسألتهما عن السلف فقالا: كنا نصيب المغانم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، فكان يأتينا أنباط من أنباط الشام فنسلفهم في الحنطة، والشعير، والزبيب، إلى أجل مسمى. قال: قلت: أكان لهم زرع، أم لم يكن لهم زرع؟ قالا: **ما كنا نسألهم عن ذلك**».[2]

- **أن يكون مؤجلا إلى أجل معلوم:**

جاء في النوادر والزيادات:" ولا يكون السلم إلا إلى أجل معلوم".[3]

ومعنى هذا الشرط أن يؤجل المسلم فيه بأجل معلوم للمتعاقدين، وأقل مدته في المذهب ما تختلف فيه الأسواق كالخمسة عشر يوما فما فوق، أو يكون القبض ببلد آخر. قال ابن أبي زيد: "وأجل السلم أحب إلينا أن يكون خمسة عشر يوما أو على أن يقبض ببلد آخر[4]وإن كانت مسافته يومين أو ثلاثة.

ومن أسلم إلى ثلاثة أيام يقبضه ببلد أسلم فيه أجازه غير واحد من العلماء، وكرهه آخرون".[5]

1- انظر: المقدمات الممهدات 26/2-27، مواهب الجليل520/6، منح الجليل 47/3
2- سبق تخريجه.
3- النوادر والزيادات 66/6
4- ضعّف ابن العربي اعتبار مسافة ما بين البلدين أجلا لجهالة الأجل. انظر: القبس272/3
5- الرسالة مع غرر المقالة ص216

وقال الشيخ خليل:" وأن يؤجل بمعلوم زائد على نصف شهر".[1]

وأقصى أجل السلم هو ما لا يجوز تأجيل ثمن المبيع إليه، أي: ما لا يعيش البائع إليه غالبا.

والآجال المعلومة عند الناس كالآجال المنصوص عليها بالأشهر والأيام، ومثال الآجال المعلومة كوقت الحصاد أو الجذاذ، أو حلول فصل الصيف أو الشتاء..[2]

وقد اتفق الفقهاء على جواز السلم المؤجل بأجل معلوم، واختلفوا في السلم الحال.

قال النووي: " وقد اختلف العلماء في جواز السلم الحال مع إجماعهم على جواز المؤجل. فجوز الحال الشافعي وآخرون، ومنعه مالك وأبو حنيفة وآخرون".[3]

فالجمهور استدلوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم:" من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم".[4]

وقالوا بأن هذا الحديث أمر بالأجل والأمر للوجوب. كما أن السلم الحال يدخل في باب بيع الإنسان ما ليس عنده المنهي عنه في السنة. ثم إن من حكمة تشريع السلم الرفق بالناس، ولا يحصل الرفق إلا بالأجل.

قال ابن أبي زيد:" ولا يجوز بيع ما ليس عندك على أن يكون عليك حالا".[5]

وقال الشافعية بأن المراد بالأجل المعلوم في الحديث هو العلم بالأجل لا الأجل نفسه، وأنه إذا جاز المؤجل فجواز السلم الحال من باب أولى لأنه أنفى للغرر.[6]

وقال ابن رشد:" وأما مالك: فالظاهر من مذهبه والمشهور عنه، أنه من شرط السلم (أي: تأجيل المسلم فيه)، وقد قيل: إنه يتخرج من بعض الروايات عنه جواز السلم الحال"

1- مختصر خليل ص 194
2- انظر: حاشية الدسوقي 205/3، القوانين الفقهية ص178
3- شرح صحيح مسلم للنووي 35/11
4- سبق تخريجه.
5- الرسالة مع غرر المقالة ص217، وانظر: الفواكه الدواني 102/2
6- انظر: الفروق 1077/3- 1078، مغني المحتاج 105/2

ثم حكى عن الإمام اللخمي قوله:" إن السلم في المذهب يكون على ضربين: سلم حال، وهو الذي يكون من شأنه بيع تلك السلعة.

وسلم مؤجل، وهو الذي يكون ممن ليس من شأنه بيع تلك السلعة".[1]

وقال ابن العربي:".. أن يكون مؤجلا. فيا لها من مسألة، ويا طال ما اضطرب الخلق فيها، ولكن ترجع إلى أصلين: أحدهما: أن السلم الحال هل يجوز أم لا؟ فقال الشافعي: هو جائز. واضطربت المالكية في تقدير الأجل حتى ردوه إلى يوم حتى قال بعض علمائنا: السلم الحال جائز.

والصحيح أنه لا بد من الأجل فيه، لأن البيع على ضربين: معجل وهو المعين ومؤجل. فإن كان حالا ولم يكن عند المسلم فيه، فهو بيع ما ليس عندك.

فلا بد من الأجل حتى يخلص كل عقد بصفته وعلى شروطه، وتتنزل الأحكام الشرعية منازلها. وتحريره عند علمائنا مدة تختلف الأسواق في مثلها".[2]

الشرط الرابع: أن يكون ممكن التسليم عند الأجل

جاء في المادة 60: يجب أن يكون المبيع موضوع عقد السلم متوافرا ومتداولا في الأسواق، وعامّ الوجود عند حلول أجل التسليم حتى يتمكن البائع من تسليمه للمشتري في الأجل المحدد.[3]

فكون المبيع "متوافرا ومتداولا، وعامّ الوجود" عند حلول أجل التسليم يقصد به إمكان التحقق عادة، وإلا قد يتخلف وجود عينه.

لذلك اشترط الفقهاء وجود نوعه ونظيره، لتسليم بدله عند التعذر.

وسبق القول بأنه لا يشترط وجود المبيع ولا تملكه زمن العقد، وهذا لا يعني العقد على معدوم مجهول التحقق في المستقبل، فذاك من بيع المعدوم الباطل بإجماع الفقهاء[4] للجهالة والغرر وعدم القدرة على التسليم.

1- انظر: بداية المجتهد 5/87- 89
2- القبس 3/271- 272
3- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 594، الجريدة الرسمية عدد 6548.
4- المجموع للنووي 9/258

وقد ذهب ابن تيمية إلى القول بأن العلة في المنع أو الإباحة ليست هي العدم أو الوجود، لأنه ورد في الشرع النهي عن بيع بعض الأشياء المعدومة، كما ورد النهي عن بيع بعض الأشياء الموجودة.

وبالتالي وجب وجود علة أخرى استوجبت النهي عن بيع تلك الأشياء. وهذه العلة هي الغرر. فَنُهي عن بيع تلك الأشياء لكونها غررا، لا لأنها معدومة.[1]

وقد تتبع د. الصديق الضرير ما منعه الشارع من بيع المعدوم وما أجازه منه، فقرّر قاعدة مفادها: أن كل معدوم مجهول الوجود في المستقبل لا يجوز بيعه، وأن كل معدوم محقق الوجود في المستقبل، بحسب العادة، يجوز بيعه.[2]

وعليه، جاز السلم في "كل معدوم محقق الوجود في المستقبل بحسب العادة" لانتفاء الغرر، وإمكان تسليم المسلم فيه (البضاعة) عند حلول أجل التسليم. وإذا تعذر تسليم البضاعة بعينها، تُسَلَّم نظيرتها بصفاتها المتفق عليها إرفاقا بالبائع.

الشرط الخامس: في تعيين مصدر إنتاجه

جاء في المادة 59: إذا كان موضوع عقد السلم منتجا فلاحيا، يحق للمشتري اشتراط إنتاجه من منطقة معينة لا من مزرعة معينة.

إذا كان موضوع عقد السلم مصنوعا ينضبط بخصائص ويثبت في الذمة يحق للمشتري اشتراط إنتاجه من مصنع معين.[3]

فالمادة تفرق بين المنتجات الفلاحية والمنتجات الصناعية، حيث لا يجوز في الأولى تعيين مصدر الإنتاج المباشر، ويجوز في الثانية.

جاء في المدونة: «لا يجوز السلم في حائط بعينه قبل زهوه بحال وهو طلع أو بلح شرط أخذه بسرا أو رطبا أو تمرا، وإنما يصلح السلم فيه إذا أزهى وصار بسرا أو رطبا، ويضرب لأخذه أجلا...وإن أسلم فيه بعد زهوه وشرط أخذ ذلك تمرا لم يجز لبعد ذلك وقلة أمن الجوائح فيه. وإنما جاز اشتراطه رطبا لقلة الخوف في ذلك. لأن أكثر الحيطان

1- انظر: ابن تيمية، القياس في الشرع الإسلامي ص26- 27

2- انظر: الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي ص373- 406

3- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 594، الجريدة الرسمية عدد 6548.

ليس بين زهوها وبين أن ترطب إلا يسير، وإذا اشترط أخذه رطبا وقبض بعض سلمه ثم انقطع ثمر ذلك الحائط، لزمه ما أخذ بحصته، ورجع بحصة ما بقي من الثمن، وله أن يأخذ بتلك الحصة ما شاء من السلع معجلا فإن تأخر لم يجز».[1]

وعلّة النهي واضحة تتمثل في مخافة انقطاع المبيع وتعذر تسليمه، فإذا أمكن التسليم ارتفع النهي. وهو ما يتحقق في المناطق الفلاحية أو المصانع في زماننا.

المسألة الثانية: في شروط رأس مال السلم (الثمن)

جاء في تعريف السلم في المادة 54 السابقة أن رأس مال السلم هو مبلغ محدد يسمى الثمن. ولعل المشرّع اقتصر على النقد لكونه هو الأصل.

لكن ذلك لا يعني الاقتصار عليه، إذ يجوز بالإضافة إلى النقد أن يكون رأس مال السلم مالا «مِثليا» كالحبوب الزراعية، أو «قيميا» كالحيوانات، بشرط عدم تحقق الربا في البدلين، كما يجوز أن يكون منفعة عين معينة كسكنى دار، ونحوها.

ويشترط في رأس مال السلم شروط، منها:

- أن يكون معجلا لا دَينا

جاء في المادة 57: لا يجوز أن تكون ديون المشتري أو غيره على البائع ثمنا في عقد السلم.[2]

يشترط في رأس مال السلم (الثمن) أن يكون معجلا، لأنه إذا كان دَينا فستؤول الصورة إلى «دين بدين»، وهو «الكالئ بالكالئ» المنهي عنه في السنّة[3] لِعلّة الجهالة والغرر. والقاعدة كما قال القرافي: «أن مطلوب صاحب الشرع صلاح ذات البين، وحسم مادة الفساد والفتن» و»إذا اشتملت المعاملة على شغل الذمتين توجهت المطالبة من الجهتين، فكان ذلك سببا لكثرة الخصومات والعداوات، فمنع الشرع ما يفضي لذلك، وهو بيع الدين بالدين».[4]

1- انظر: التهذيب في اختصار المدونة3 /9

2- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 593، الجريدة الرسمية، العدد 6548

3- سبق تخريجه.

4- الفروق للقرافي 1075/3

كما أن التأخير ينافي الحكمة من السلم، إذ لولا حاجة البائع للثمن المعجل لما لجأ إلى عقد السلم.

وقال ابن أبي زيد: « ولا يجوز دين بدين، وتأخير رأس المال بشرط إلى محل السلم أو ما بَعُد من القيمة من ذلك، ولا يجوز فسخ دين في دين، وهو أن يكون لك شيء في ذمته فتفسخه في شيء آخر لا تتعجله».[1]

واشترط الجمهور أن يتم قبض رأس المال فعلا في مجلس العقد، واحتجوا بأن تأخير رأس المال ينافي مقصد السلم، ويؤدي إلى الدين بالدين المنهي عنه.[2]

وذهب فقهاؤنا المالكية - على المشهور في المذهب - إلى جواز تأخيره ثلاثة أيام ولو بشرط لخفة الأمر فيه، ولأن القاعدة تنص على أن «ما قارب الشيء له حكمه».[3] قال ابن أبي زيد:» ويعجِّل رأس المال أو يؤخره إلى مثل يومين أو ثلاثة، وإن كان بشرط».[4]

فإذا تأخر تسليم رأس المال عن مجلس العقد أكثر من ثلاثة أيام بشرط فسد العقد. وإن كان تأخيره بغير شرط لهذه المدة أو لمدة أطول منها نُظِر: فإن كان رأس المال عينا (أي: نقدا) لم يجز بشرط ولا بغير شرط، وإن كان رأس المال عرضا جاز ذلك ولو تأخر إلى حين حلول أجل المسلم.

ولبعض فقهائنا رأي آخر، يوافق رأي الجمهور في القول باشتراط تعجيل النقد مطلقا وعدم جواز التأخير فيه ولو كان يسيرا.

قال ابن عبد البر: «والذي به أقول: أنه لا يجوز فيه إلا تعجيل النقد، وإلا دخله الكالئ بالكالئ، وهو قول أكثر أهل الفقه».[5]

وقال ابن العربي: «والصحيح أنه لا يجوز تأخيره لحظة، لأنه لا يدعو إلى ذلك حاجة، ولا فيه مصلحة. وهذا داخل في الكالئ بالكالئ المنهي عنه إجماعا.

1- الرسالة مع غرر المقالة ص217
2- انظر: بدائع الصنائع 202/5، مغني المحتاج 102/2، المغني 362/4
3- الذخيرة للقرافي 366/5، الشرح الكبير 195/3
4- الرسالة مع غرر المقالة ص216
5- الكافي ص 337، انظر: مواهب الجليل 478/6

وما كفى أن يكون المسلم فيه مستثنى من بيع ما ليس عندك رخصة للحاجة الداعية إليه، فكيف أن يكون رأس مال السلم يتأخر بشرط، فيدخل في الكالئ بالكالئ من غير حاجة».[1]

وكما لا يجوز تأخير الثمن (رأس المال) عن مجلس العقد- على رأي الجمهور- لا يجوز أيضا أن يكون على دفعات متفرقة.

وذهب د. الصديق الضرير إلى القول بجواز تأجيل رأس مال السلم، بشرط أن يكون أقل من أجل المسلم فيه.[2]

- **رأس المال منفعة:**

جوز جمهور الفقهاء - خلافا للحنفية الذين لا يعتبرون المنفعة مالا- كون رأس مال السلم منفعة عامة لعين معينة، كسكنى دار، أو الانتفاع بطائرة، أو باخرة لمدة محددة، ولكن بشرط أن يتم الشروع في الانتفاع من وقت العقد، ولو تأخر إكمال استيفائها إلى ما بعد ذلك بناء على أن» قبض الأوائل يعد قبضا للأواخر أيضا».[3]

ويعتبر تسليم العين التي هي محل المنفعة قبضا معجلا لرأس المال.[4]

وهذا مهم ومفيد في زماننا في مجالات اقتصادية مختلفة، حيث يمكن أن يغني هذا الأمر مثلا عن اللجوء إلى الاستئجار والاكتفاء باستغلال المنفعة وتوظيفها.

ومن ذلك استغلال المحلات والأدوات والآلات التي يعتمد عليها في الإنتاج.

المسألة الثالثة: في زمان ومكان التسليم

جاء في المادة 61: يحدد عقد السلم ميعاد وكيفيات تسليم البضاعة موضوع العقد. إذا لم يحدد العقد مكان التسليم افترض في المتعاقدين أنهما ارتضيا الركون إلى مكان إبرام العقد.[5]

1- القبس لابن العربي 374/3
2- انظر: الغرر وأثره في العقود ص 461- 462
3- انظر: مختصر خليل ص193، الشرح الكبير196/3، الشرح الصغير106/3
4- انظر: المعايير الشرعية ص 276
5- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 594، الجريدة الرسمية، العدد 6548

فالسلم بيع آجل، لذكر الأجل في حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى **أجل معلوم**»[1] لذا وجب تحديد أجل تسليم المبيع، وكيفيات ذلك.

ويجوز التسليم قبل الأجل، بشرط أن يكون المسلَم فيه على صفته وقدره، فإن كان للمسلم (المشتري) مانع مقبول فإنه لا يُجبر، وإلا أُلزِم بالتسلّم.

كما يجوز أن يكون التسليم على دفعات بشرط تعجيل الثمن.

وإذا لم يحدد مكان التسليم ينصرف إلى مكان العقد، إلا إذا تعذّر ذلك فيُصار فيه إلى العرف.[2]

المسألة الرابعة: في الضمانات

جاء في المادة 62: يمكن أن يقترن عقد السلم بضمانات لفائدة المشتري كالرهن والكفالة وغيرهما من الضمانات المنصوص عليها في النصوص التشريعية الجاري بها العمل، مع مراعاة مقتضيات المادة 2 من هذا المنشور، وذلك لضمان تسليم المبيع موضوع عقد السلم.[3]

اختلف الفقهاء في مسألة الضمانات في السلم، على رأيين:

الأول: لفقهائنا المالكية - وهو رأي جمهور الفقهاء- ومفاده الجواز.

جاء في بداية المجتهد:» فعلى مذهب مالك يجوز أخذ الرهن في السلم».[4]

واستدلوا بآية الدين، من قوله تعالى:﴿يا أيُّها الذين آمنُوا إذا تدَاينتُم بدَين﴾ إلى قوله تعالى:﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَة﴾[البقرة، 282]، وقد روي عن ابن عباس وابن عمر- رضي الله عنهما- أن المراد به السلم. ولأن اللفظ عام، فيدخل السلم في عمومه. ولأنه أحد نوعي البيع، فجاز أخذ الرهن بما في الذمة منه، كبيوع الأعيان.

1- سبق تخريجه.
2- انظر: المعايير الشرعية ص 280.278
3- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 594، الجريدة الرسمية، العدد 6548
4- بداية المجتهد 238/5

وهو ما أخذ به مجمع الفقه الإسلامي، حيث أكد أنه» لا مانع شرعا من أخذ المسلم (المشتري) رهنا، أو كفيلا من المسلّم إليه (البائع)».[1]

الرأي الثاني: لبعض الفقهاء، ومفاده عدم جواز الضمانات في السلم.

واستدلوا بأن الرهن إنما يجوز بشيء يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن، والمسلم فيه لا يمكن استيفاؤه من الرهن، ولا من ذمة الضامن.

ولأنه لا يأمن هلاك الرهن في يده فيصير مستوفيا لحقه من غير المسلم فيه، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره»[2] ولأنه

يقيم ما في ذمة الضامن مقام ما في ذمة المضمون عنه، فيكون في حكم أخذ العوض عنه، وهذا لا يجوز.[3]

المسألة الخامسة: في فسخ عقد السلم

جاء في المادة 63: يمكن أن ينص عقد السلم على إمكانية فسخ العقد باتفاق الطرفين في مقابل استرداد الثمن كله.[4]

عقد السلم من العقود اللازمة التي لا يمكن فسخها إلا برضا الطرفين.

وقد نصت المادة على جواز تضمن العقد إمكانية الفسخ بالتراضي، وحينها يسترجع المشتري الثمن كله. كما تجوز الإقالة في السلم باتفاق الطرفين، فتكون في المسلم فيه كله في مقابل استرداد رأس المال كله، أو تكون الإقالة في جزء من المسلم فيه نظير استرداد ما يقابله من رأس المال.[5]

1- انظر: مجلة المجمع، العدد التاسع، الجزء الأول ص 371

2- رواه أبو داود في كتاب الإجارة، باب السلف لا يحول.ح(3470) ورواه البيهقي، كتاب البيوع، باب من سلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره ولا يبيعه حتى يقبضه. ح(10936) ورواه ابن ماجه، كتاب التجارات، باب من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره.ح(2283).

وفي سند الحديث عطية العوفي وهو لا يحتج به. انظر: سنن البيهقي 30/6

3- انظر: المغني 277/4

4- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 594، الجريدة الرسمية، العدد 6548

5- انظر: المعايير الشرعية ص 279

المسألة السادسة: تعذّر تسليم المبيع

جاء في المادة 64: **في حالة تعذر تسليم البضاعة في الأجل المحدد في العقد، يمكن للبائع تأجيل التسليم بعد قبول المشتري دون مراجعة الثمن أو الزيادة في مقدار البضاعة موضوع العقد.**

وفي المادة 65: **يجوز للبائع بعد موافقة المشتري تعويض المبيع موضوع عقد السلم بشيء آخر غير النقد بعد حلول الأجل، دون اشتراط ذلك في عقد السلم، سواء كان التعويض بجنسه أو بغير جنسه، وذلك مع اشتراط أن يكون البدل صالحا لأن يكون موضوعا لعقد السلم بالثمن المتفق عليه.**

فإذا كان التعويض بغير الجنس قبل حلول الأجل جاز بشرطي تعجيل البدل، وألا يكون الشيء المبيع (المسلم فيه) طعاما.

إذا سلم البائع للمشتري مبيعا بخصائص أجود، جاز قبوله بشرط ألا يطلب البائع ثمنا للخصائص الزائدة.

وفي المادة 66: **في حالة عدم توفر البضاعة جزئيا أو كليا يكون للمشتري الخيار بين إمهال البائع أجلا معقولا يتفق عليه الطرفان، وبين فسخ العقد واسترداد الثمن الذي دفعه.**[1]

تتحدث هذه المواد عن الحكم إذا تعذر تسليم المسلم فيه في الوقت المحدد.

ومما اتفق عليه الفقهاء اشتراط كون المسلم فيه مقدور التسليم عند محله، وذلك بأن يكون مما يغلب وجوده عند حلول الأجل.

ولكن، قد يتعذر أحيانا تسليم المسلم فيه لأسباب ما، فما الحكم إذ ذاك؟

نصت المواد السالفة على الحلول التالية:

- تأجيل التسليم إلى أجل معقول متفق عليه، دون مراجعة الثمن أو الزيادة في مقدار البضاعة.

- تعويض المبيع بشيء من جنسه أو بغير جنسه عدا النقد.

1- منشور والي بنك المغرب ص 595، الجريدة الرسمية، العدد 6548

- إذا كان التعويض بغير جنس المسلم فيه جاز بشرطي تعجيل البدل وأن لا يكون المبيع طعاما.

- إذا كان المبيع المسلَّمُ أجود من المتفق عليه جاز بشرط عدم الزيادة في الثمن فيكون من باب القضاء الحسن.

- فسخ العقد واسترداد الثمن كاملا.

وهذه المسألة تناولها الفقهاء قديما واختلفوا في تخريجها، وقد لخص ابن رشد مذاهبهم بقوله: « اختلف العلماء فيمن أسلم في شيء من الثمر، فلما حل الأجل تعذر تسليمه حتى عدم ذلك المسلم فيه وخرج زمانه.

فقال الجمهور: إذا وقع ذلك، كان المسلم بالخيار بين أن يأخذ الثمن، أو يصبر إلى العام القابل، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وابن القاسم.

وحجتهم أن العقد وقع على موصوف في الذمة، فهو باق على أصله. وليس من شرط جوازه أن يكون من ثمار هذه السنة، وإنما هو شيء شرطه المسلم، فهو في ذلك بالخيار.

وقال أشهب من أصحاب مالك: ينفسخ السلم ضرورة ولا يجوز التأخير، وكأنه رآه من باب الكالئ بالكالئ. وقال سحنون: ليس له أخذ الثمن، وإنما له أن يصبر إلى القابل.

واضطرب قول مالك في هذا. والمعتمد عليه في هذه المسألة ما رآه أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم، وهو الذي اختاره أبو بكر الطرطوشي، والكالئ بالكالئ المنهي عنه إنما هو المقصود، لا الذي يدخل اضطرارا».[1]

وتناول هذه المسألة المعاصرون[2] ففرقوا بين حالات ثلاث بناء على نوع العذر:

- إذا كان المانع هو الإعسار: فالحكم هو إنظار المسلم، أو تجاوز رب السلم و كفه عن المطالبة بحقه إن أمكن، تطبيقا لما جاء في قوله تعالى: ﴿وإن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فنَظِرَةٌ الى مَيْسُرة وأن تصَدَّقُوا خيرٌ لكُم إن كنتُم تعْلَمُون﴾[البقرة، 279]

1- بداية المجتهد93/5، وانظر: المغني 361/4

2- محمد عبد الحليم، الإطار الشرعي والاقتصادي والمحاسبي لبيع السلم في ضوء التطبيق المعاصر ص38- 39 البنك الإسلامي للتنمية، معهد البحوث والتدريب ط3، 1425هـ /2004م، وانظر أيضا: التطبيق المعاصر لعقد السلم ص36- 40.

- إذا كان المانع الإفلاس: تطبق حينئذ أحكام الإفلاس المقررة في الفقه الإسلامي

- إذا كان المانع عذر طارئ: فالحكم ما قرره الجمهور من الاختيار بين أخذ الثمن، أو الانتظار إلى العام القابل.

وجاء في قرار مجمع الفقه: « إذا عجز المسلم إليه عن تسليم المسلم فيه عند حلول الأجل، فإنَّ المسلم (المشتري) يُخيَّر بين الانتظار إلى أن يوجد المسلم فيه، وفسخ العقد وأخذ رأس ماله، وإذا كان عجزه عن إعسار فنظرة إلى ميسرة.

يجوز للمسلِم (المشتري) مبادلة المسلَم فيه بشيء آخر- غير النقد - بعد حلول الأجل، سواء كان الاستبدال بجنسه أم بغير جنسه. حيث إنه لم يرد في منع ذلك نص ثابت ولا إجماع، وذلك بشرط أن يكون البدل صالحا لأن يجعل مسلما فيه برأس مال السلم».[1]

وهناك حالة أخرى لم تُذكَر في المواد، وتتعلق بتسليم مبيع أقلّ جودة من المتفق عليه، وفي هذه الحالة يُخَيَّر المشتري بين رفض تسلّم المبيع، أو قبوله على هيئته فيكون من حسن الاقتضاء، أو مصالحة البائع ولو مع الحطّ من الثمن.

وعليه، تكون تلك الخيارات التي نصت عليها المواد عند تعذر التسليم موافقة لأحكام الفقه الإسلامي.

المسألة السابعة: في التعويض عن الضرر

جاء في المادة 67: **يجوز أن ينص عقد السلم على أنه في حال تخلف البائع عن تسليم المبيع موضوع عقد السلم من دون عذر معتبر شرعا حسب الشروط المتفق عليها، يسترد المشتري الثمن الذي عجله، مع جواز مطالبة المشتري البائع بتعويض الضرر الفعلي المثبت الذي لحق به.**[2]

رأينا في المسألة السابقة الإجراءات المعمول بها في حال تعذّر التسليم.

وتتحدث هذه المادة عن الحكم حال التخلف عن التسليم لغير عذر معتبر شرعا.

1- انظر: مجلة المجمع، العدد التاسع، 371/1 وانظر: المعايير الشرعية ص 279 - 280.

2- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 595، الجريدة الرسمية، العدد 6548

وفي هذه الحالة يسترد المشتري ثمنه، ويجوز له مطالبة البائع بتعويض الضرر الفعلي الذي لحق به.

فلا يحق للبائع التماطل والتهاون في الوفاء بما التزم به في العقد، وعليه بذل كل الجهد لتسليم المسلم فيه في الوقت المحدد المتفق عليه. وليس من شيم المؤمن الإخلاف بعهوده وعقوده طوعا واختيارا.

وقد قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: «ليّ الواجد يحل عرضه وعقوبته». و« مطل الغني ظلم».[1]

لكن، هل يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه أم لا؟

سبق وأن ناقشنا هذه المسألة في الصيغ السابقة، ورأينا أن جمهور العلماء - ونُقل الإجماع في ذلك- يمنعون التعويض (الزيادة) على تأخر التسليم لاعتبار المسلم فيه (المبيع) دينا في الذمة، ولا تجوز الزيادة على التأخير في الديون. ويكتفى بإجبار البائع المتماطل (المدين) على تسليم ما في ذمته، مع تعزيره.

بينما ذهب بعض المعاصرين إلى جواز التعويض - ولو بالغرامة المالية- عن تأخير سداد الدين إذا تسبب ذلك في إلحاق الضرر بالدائن.[2]

المسألة الثامنة: السلم الموازي

جاء في المادة 68: **لا يجوز إبرام أكثر من عقد سلم واحد بين نفس الأطراف في شأن نفس البضاعة وبالمواصفات الواردة في العقد.**[3]

تمنع هذه المادة إجراء سلم مواز بين نفس الأطراف وعلى نفس المبيع.

لكن، يجوز للمسلم إليه أن يعقد سلما موازيا مستقلا مع طرف ثالث للحصول على سلعة مواصفاتها مطابقة للسلعة المتعاقد على تسليمها في السلم الأول ليتمكن من الوفاء بالتزامه فيه، وفي هذه الحالة يكون البائع في السلم الأول مشتريا في السلم الثاني.

1- سبق تخريج الحديثين.
2- انظر الصفحة 66 – 70 من هذا الكتاب.
3- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 596، الجريدة الرسمية، العدد 6548

كما يجوز للمسلم أن يعقد سلما موازيا مستقلا مع طرف ثالث لبيع سلعة مطابقة في مواصفاتها للسلعة التي اشتراها بعقد السلم الأول.

وفي هذه الحالة يكون المشتري في السلم الأول بائعا في السلم الثاني.

في كلتا الحالتين السابقتين لا يجوز ربط عقد سلم بعقد سلم آخر، بل يجب أن يكون كل واحد منهما مستقلا عن الآخر في جميع حقوقه والتزاماته، فإن أخل أحد الطرفين في عقد السلم الأول بالتزامه فلا يحق للطرف الآخر المتضرر أن يحيل ذلك الضرر إلى من عقد معه سلما موازيا، سواء بالفسخ أو تأخير التنفيذ.[1]

المسألة التاسعة: التصرّف في المسلم فيه (المبيع)

جاء في المادة 69: **يجوز للمؤسسة بصفتها مشتريا أن توكل البائع مقابل أجر أو بدون مقابل من أجل إعادة بيع المبيع موضوع عقد السلم لفائدتها عند حلول أجل التسليم لطرف ثالث غير البائع في عقد السلم. ويجوز للمؤسسة بيع المسلم فيه قبل قبضه ما لم يكن طعاما.**[2]

تضمنت هذه المادة مسألة تصرف المؤسسة في المسلم فيه، سواء من خلال توكيلها للبائع في بيعه عند حلول أجل التسليم لطرف ثالث. أو ببيعها له قبل قبضه.

ومن المعلوم أن ملكية المسلم فيه تنتقل إلى رب السلم، ولكنها تبقى ملكية غير تامة لأنها ملكية دين لم يحل أجله، ولإمكان تعرضها للفسخ.

وعليه، إذا حلّ أجل التسليم، وأرادت المؤسسة توكيل البائع ببيع المبيع جاز لها ذلك، سواء كان ذلك بأجرة أم لا، لأن ذلك الفعل مما تجوز فيه النيابة والتوكيل بشرط أن يكون المشتري الجديد غير البائع الأول فرارا من «العينة».

لكن، إذا أرادت المؤسسة بيع المبيع قبل قبضه، فقد اختلف الفقهاء في حكم ذلك على رأيين:

رأي جمهور الفقهاء: ومفاده عدم الجواز، لأنه بيع مالم يقبض، وربح مالم يضمن.

1- انظر: المعايير الشرعية ص 280 - 281

2- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 596، الجريدة الرسمية، العدد 6548.

قال ابن قدامة:» أما بيع المسلم فيه قبل قبضه فلا نعلم في تحريمه خلافا، وقد نهى النبي صلى الله عليه و سلم عن بيع الطعام قبل قبضه، وعن ربح ما لم يضمن ولأنه مبيع لم يدخل في ضمانه، فلم يجز بيعه كالطعام قبل قبضه».[1]

والعجب من قول ابن قدامة -رحمه الله-: «فلا نعلم في تحريمه خلافا» مع أن المالكية لهم رأي مخالف في المسألة.

وبرأي الجمهور أخذت المعايير الشرعية.[2]

رأي فقهاء المالكية: ومفاده الجواز مع التفصيل.

- إذا كان المبيع غير طعام جاز البيع لغير صاحب المبيع بأي ثمن.

قال خليل في المختصر:» وجاز البيع قبل القبض إلا مطلق طعام المعاوضة».[3]

وقال المواق شارحا:» من المدونة، قال مالك: كل ما ابتعته أو أسلمت فيه عدا الطعام والشراب من سائر العروض، على عدّ، أو كيل، أو وزن، فجائز بيع ذلك كله قبل قبضه وقبل أجله من غير بائعك، بمثل رأس مالك أو أقل أو أكثر، نقدا أو بما شئت من الأثمان، إلا أن تبيعه بمثل صنفه فلا خير فيه. يريد أقل أو أكثر. فأما مثل عدده أو وزنه أو كيله، فقال في كتاب الهبات: إن كانت المنفعة للمبتاع لم يجز، وإن كانت للبائع جاز وهو قرض».[4]

وقال ابن رشد: «وأما بيع السلم من غير المسلم إليه، فيجوز بكل شيء يجوز التبايع به ما لم يكن طعاما، لأنه لا يدخله بيع الطعام قبل قبضه».[5]

- إذا كان المبيع غير طعام والبيع لصاحب المبيع الأصلي لم يجز بأكثر من ثمنه:

1- المغني 370/4
2- انظر: المعايير الشرعية ص 279
3- المختصر ص 187
4- أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل 482/4 دار الفكر- بيروت 1398هـ
5- المصدر نفسه 482/4

قال الإمام مالك: «وجائز بيع ذلك السلم من بائعك بمثل الثمن فأقل منه نقدا قبل الأجل أو بعده، وأما بأكثر من الثمن فلا يجوز بحال، حل الأجل أم لا، لأن سلمك صار لغوا. فهذا سلف جر نفعا».[1]

وقال ابن رشد:» وأما مالك، فإنه منع شراء المسلم فيه قبل قبضه في موضعين:

أحدهما: إذا كان المسلم فيه طعاما، وذلك بناء على مذهبه في أن الذي يشترط في بيعه القبض هو الطعام، على ما جاء عليه النص في الحديث.

والثاني: إذا لم يكن المسلم فيه طعاما، فأخذ عوضه المسلم ما لا يجوز أن يسلم فيه رأس ماله، مثل أن يكون المسلم فيه عرضا والثمن عرضا مخالفا له، فيأخذ المسلم من المسلم إليه إذا حان الأجل شيئا من جنس ذلك العرض الذي هو الثمن وذلك أن هذا يدخله إما سلف وزيادة، إن كان العرض المأخوذ أكثر من رأس مال السلم، وإما ضمان وسلف إن كان مثله أو أقل».[2]

فهي شروط ثلاثة يشترطها فقهاؤنا المالكية لجواز بيع المسلم فيه، وهي:[3]

- أن يكون المسلم فيه مما يباع قبل قبضه.
- أن يكون المأخوذ مما يباع بالمسلم فيه يدا بيد.
- أن يكون المأخوذ مما يجوز أن يسلم فيه رأس المال.

وواضح أن المشرع المغربي أخذ برأي المالكية في جواز بيع المسلم فيه قبل قبضه لكنه لم يفصل القول كما هو الحال عند فقهائنا المالكية.

خلاصة صيغة «السلم»:

من خلال دراستنا لصيغة "السلم" يتبين قيمة هذه الصيغة التمويلية، ومدى الحاجة إلى اعتمادها في تمويل مختلف الأنشطة الاقتصادية، زراعية كانت أم صناعية

1- المصدر نفسه 482/4
2- بداية المجتهد94/5
3- انظر: عقد الجواهر الثمينة 563/2، منح الجليل 227/5

أم تجارية، وبالتالي تلبية رغبات وحاجات فئات واسعة وشرائح مختلفة من المنتجين والمقاولين والتجار.

ولم يخرج منشور والي بنك المغرب عن الرأي المالكي في أحكام عقد السلم.

ولعل من المفيد في زماننا الأخذ بالرأي المالكي المجيز كون رأس مال السلم منفعة لما فيه من تيسير على الناس.

ومن أهم تطبيقاته اعتماده في تمويل الحرفيين، وصغار المنتجين الزراعيين والصناعيين، حيث تمدهم المؤسسة (البنك) بمستلزمات الإنتاج في صورة معدات وآلات، أو مواد أولية كرأس مال سلم، مقابل الحصول على بعض منتجاتهم وإعادة تسويقها. مما يسهم في استفادة المؤسسة من رخص الأسعار، واستفادة المتعاملين معها من رأس مال من شأنه أن يشكل فرصة سانحة لولوج ميدان الإنتاج والإسهام في النشاط الاقتصادي.

وتبقى مسألة التماطل في تسليم المبيع في وقته، والوفاء بالثمن من المشتري من أهم القضايا التي تحتاج إلى مزيد حلول في صيغة السلم وغيرها من الصيغ التمويلية.

المبحث السادس: صيغة «الاستصناع»

صدر منشور والي بنك المغرب رقم 2/ و/2019 بتاريخ 19 رجب 1440هـ (26 مارس 2019م) بتتميم المنشور رقم 1/ و/2017 الصادر في 27 يناير 2017م المتعلق بالمواصفات التقنية لمنتوجات المرابحة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم وكذا كيفيات تقديمها إلى العملاء.[1]

وتضمن المنشور المتمم بابا سادسا مكررا خُصّص لعقد الاستصناع، وتضمّن ثلاث عشرة مادة تناولت المواصفات التقنية لمنتج "الاستصناع" وكيفيات تقديمه للعملاء.[2]

وصادقت اللجنة الشرعية للمالية التشاركية على مضامين المنشور المتمم، واعتبرت التعديلات مطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها.[3]

المطلب الأول: مفهوم الاستصناع

أولا: التعريف القانوني:

عرفت المادة 69-1 الاستصناع بأنه: **"كل عقد يشترى به شيء مما يصنع، يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين- البنك التشاركي أو العميل- بتسليم مصنوع بمواد من عنده، بأوصاف معينة يتفق عليها، وبثمن محدد يدفع من طرف المستصنع حسب الكيفية المتفق عليها بين الطرفين.**

يجوز أن يكون المصنوع منقولا أو عقارا موصوفا في الذمة، كما يجوز للصانع أن يعهد بتصنيع الشيء المصنوع إلى طرف ثالث غير المستصنع أو وكيله".[4]

فالاستصناع عقد بيع بين صانع (بائع) ومستصنِع (مشتري).

1- صودق عليه بقرار لوزير الاقتصاد والمالية رقم 1448.19 صادر بتاريخ 24 شعبان 1440هـ (30 أبريل 2019م). ونشر بالجريدة الرسمية عدد 6780، بتاريخ 17 رمضان 1440هـ (23 ماي 2019م).

2- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 3051 - 3053، الجريدة الرسمية عدد 6780.

3- انظر: القرار رقم 39 بتاريخ 02 رجب 1440هـ (09 مارس 2019م). الجريدة الرسمية عدد 6780، ص 3097 - 3103.

4- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 3052، الجريدة الرسمية عدد 6780.

والمعقود عليه: مستصنع فيه (منقول أو عقار) في الذمة محدد الأوصاف بمواد من عند الصانع، وبدل نقدي (ثمن) معلوم محدد.

ويجوز للصانع أن يوكل طرفا ثالثا لتصنيع المنتوج غير المشتري أو وكيله.

ثانيا: التعريف الفقهي:

الاستصناع في اللغة: طلب صُنع شيء غير موجود.[1]

واصطلاحا: «عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئا، فالعامل صانع والمشتري مستصنع، والشيء مصنوع».[2]

وصورته: «أن يقول إنسان لصانع من خفّاف أو صفّار أو غيرهما: اعمل لي خُفّا أو آنية من أديم أو نحاس من عندك بثمن كذا، ويبين نوعه وقدره وصفته. فيقول الصانع: نعم.»[3]

ثالثا: حكم وحكمة الاستصناع:

يرى جمهور الفقهاء أن الاستصناع على خلاف مقتضى القياس والقواعد العامة.

فالأصل أن يُحصَل على المصنوع إما بصيغة الإجارة أو صيغة السلم، ولذلك اعتبروا الاستصناع قسما من أقسام السلم، واشترطوا فيه ما يشترط في السلم. ويرى الحنفية أن الاستصناع جائز استحسانا على غير القياس، لأن القياس يقتضي منعه لأنه من بيع المعدوم. ويرى بعض الحنفية أن دليل جواز الاستصناع ليس الاستحسان فقط، بل يستدل عليه كذلك بالسنة والإجماع.

ويبقى أهم دليل له هو الإجماع العملي القائم على الاستحسان والحاجة إليه.

قال الكاساني: «فالقياس أن لا يجوز، لأنه باع ما ليس عند الإنسان لا على وجه السلم. وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخّص في السلم. ويجوز استحسانا لإجماع الناس على ذلك، لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نكير... والقياس يُترَك بالإجماع... ولأن الحاجة تدعو إليه، لأن الإنسان قد

1- انظر: لسان العرب مادة (صنع). بدائع الصنائع 84/6

2- انظر: مجلة الأحكام العدلية، (المادة 124)، 114/1.

3- بدائع الصنائع للكاساني 84/6، طبعة دار الكتب العلمية، ط2، 2003م

يحتاج إلى خفّ أو نَعل من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة، وقلّما يتفق وجوده مصنوعا، فيحتاج إلى أن يستصنع، فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج».[1]

واختلف فقهاء الحنفية في تكييف الاستصناع، هل يعتبر بيعا، أو وعدا بالبيع، أو إجارة. وإذا كان بيعا هل المبيع هو العين المصنوعة أو العمل الذي قام به الصانع. والراجح في المذهب الحنفي أن الاستصناع بيع للعين المصنوعة لا لعمل الصانع.

جاء في الدر المختار: «صحَّ الاستصناع بيعا لا عِدة على الصحيح».[2]

وذهب جمع من المعاصرين إلى اعتبار الاستصناع عقدا مستقلا له أحكامه الخاصة وشروطه المستقلة، وبالتالي لا يمكن إدراجه ضمن العقود المسماة.

وقالوا بأن المعقود في الاستصناع يشمل العين والعمل معا، ففارق بذلك البيع والإجارة والسلم، وإن كان يشبه كلا منها في جانب من الجوانب.[3]

وهذا ما خلصت إليه اللجنة الشرعية للمالية التشاركية، حيث عدّته عقد بيع خاص، يعتبر من حيث تكييفه الفقهي عقدا مستقلا، يخضع لأحكام وشروط خاصة تميزه عن عقدي السلم والإجارة بالنظر لاشتراط الصنعة فيه.[4]

والحاجة إلى الاستصناع ظاهرة جلية لا تخفى على ذي بصيرة، فبِه تُقضى كثير من حاجات الناس، وتُلبّى رغائبهم من الصناعات المختلفة التي تقوم عليها حياتهم سواء كانت مصنوعات صغيرة تخص الأفراد، أم مصنوعات ضخمة تخص المجتمعات والدول. وما تقوم به المقاولات بأنواعها (الصغيرة والمتوسطة والكبيرة) في زماننا يندرج أغلبه في نطاق الاستصناع.

رابعا: أنواعه:

ينقسم الاستصناع إلى نوعين: استصناع عادي، واستصناع موازي.

1- انظر: بدائع الصنائع 6/85-86

2- انظر: الدر المختار 4/213

3- انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 7، الجزء 2 ص 223

4- انظر: القرار رقم 39، ص 3102، الجريدة الرسمية عدد 6780

- الاستصناع العادي: طلب مصنوع بمواصفات محددة من صانع بمقابل محدد.

- الاستصناع الموازي: تعاقد مستصنِع مع شخص (لا يشترط فيه كونه صانعا) لصناعة مصنوع بمواصفات معينة، ثم تعاقد الصانع الأول مع صانع ثانٍ لصناعة مصنوع بنفس المواصفات لتسليمه إلى المستصنع الأول.

وهذا النوع تتعامل به المصارف الإسلامية، حيث تكون صانعا يتقبل طلبات المستصنِعين بمواصفات محددة وبمقابل مادي معين، ثم تصير مستصنِعا بتعاقدها مع من يتكفل بتلبية تلك الطلبات بالمواصفات المتفق عليها مقابل مبلغ محدد.

وجواز هذه المعاملة مشروط باستقلال عقدَي الاستصناع عن بعضهما البعض.

وبعد بيان مفهوم عقد الاستصناع وحكمه وحكمته وأنواعه سنتناول بالدراسة باقي المواد التي تطرقت للمواصفات التقنية لمنتج «الاستصناع» من منشور بنك المغرب.

المسألة الأولى: شروط المصنوع (موضوع العقد)

أشرنا سابقا - عند الحديث عن حكمه- إلى اختلاف أهل العلم في تحديد المعقود عليه في الاستصناع، هل هو العين فقط، أم هو العين والعمل معا.

وذكرنا بأن الجمهور حدّدوا المعقود عليه في العين المراد تصنيعها، بينما ذهب بعض الحنفية إلى تحديده في العمل.

وجمع المعاصرون بين القولين، فقالوا بأن المعقود عليه يشمل العين والعمل معا.

ويظهر من منشور والي بنك المغرب أنه سار على رأي الجمهور في اعتبار العين المصنوعة هي موضوع الاستصناع، لكن بالشروط التالية:

الشرط الأول: أن يكون مصنوعا ومشروعا:

جاء في المادة 69-2: **يشترط في المصنوع موضوع عقد «الاستصناع» أن يكون مطابقا لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها.**[1]

1- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 3052، الجريدة الرسمية عدد 6780.

لا يجوز عقد الاستصناع إلا فيما تدخله الصنعة، أما الأشياء التي لا تدخلها صنعة الإنسان (الأشياء الطبيعية)كالمنتجات الزراعية من الثمار والخضار ونحوها، أو المنتجات الحيوانية، فلا تدخل في حقيقة الاستصناع الذي هو بيع مواد تشترط فيها الصنع، ولذلك اعتبر العمل جزءً مهما في المعقود عليه في الاستصناع.

ثم إنه لا يجوز استصناع أي مصنوع، بل لا بد أن يكون مشروعا تبيحه الشريعة ولا تأباه أحكامها.

وكل تعاقد على مصنوع محظور يعد باطلا.

ولذلك نصت المادة على كون موضوع العقد مصنوعا مطابقا لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها.

الشرط الثاني: أن يكون محدد الأوصاف:

جاء في المادة 69-3: **يحدد عقد "الاستصناع" أوصاف المصنوع حسب طبيعته من حيث الجنس، والنوع، والكمية، والجودة، وغيرها من المواصفات الضرورية التي تمكن من معرفته معرفة تامة.**[1]

نصت هذه المادة على وجوب تحديد مواصفات المصنوع التي لها تأثير في الثمن بحيث يتميّز عن غيره وتتم معرفته بوضوح، وبالتالي تنتفي الجهالة المفضية للنزاع.

قال الكاساني: "وأما شرائط جوازه، فمنها: بيان جنس المصنوع، ونوعه، وقدره وصفته، لأنه لا يصير معلوما بدونه."[2]

فكل ما لا يمكن ضبطه بالوصف لا يصح استصناعه.

وكل عقد لا تضبط فيه الأوصاف المؤثرة للمصنوع يكون عقدا فاسدا.

وقد تقدمت في زماننا وسائل الوصف والضبط للمقاييس والأشكال والأحجام والجودة، مما ييسر تحقيق هذا الشرط، ويمكن من الضبط الكامل في أكثر المصنوعات.

1- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 3052، الجريدة الرسمية عدد 6780

2- بدائع الصنائع 86/6

الشرط الثالث: أن يكون في الذمة غير معين:

جاء في المادة 69-4: **لا يجوز أن يكون المصنوع معينا بذاته عند إبرام عقد الاستصناع، ويشترط أن تحدد أوصافه طبقا لمقتضيات المادة السابقة. ولا يشترط أن تكون مواد الشيء المصنع في ملكية الصانع عند إبرام عقد الاستصناع.**[1]

إذا كان المصنوع موجودا عند إبرام العقد فلا داعي حينها للعقد عليه استصناعا.

بل ينبغي أن يباع كما تباع الأعيان الحاضرة بيعا ناجزا.

كما أنه إذا عُيّن المبيع فسيقع العقد في محذور بيع ما ليس عند البائع.

فالأصل في الاستصناع أنه استثناء من بيع المعدوم، لذلك يشترط فيه أن يكون المصنوع موصوفا في الذمة بأوصاف تمنع عنه الجهالة. كما أن عمل الصانع شرط في صحة الاستصناع.

وسبق القول في تعريف الاستصناع أن مواد الصناعة يتكفل بها الصانع، لأنه في حال إحضارها من المستصنع سيؤول العقد إلى الإجارة بدل الاستصناع.

إلا أنه لا يشترط تملك الصانع لتلك المواد زمن التعاقد.

الشرط الرابع: أن يكون مما جرى التعامل فيه بين الناس:

وهذا الشرط لم ينص عليه منشور والي بنك المغرب، وهو من الشروط المعتبرة عند من أجاز الاستصناع. قال الكاساني متحدث عن شرائط جوازه:

« ومنها: أن يكون فيما يجري فيه التعامل بين الناس، من أواني الحديد والرصاص والنحاس والزجاج والخفاف والنعال ولجم الدواب...ونحو ذلك. ولا يجوز في الثياب لأن القياس يأبى جوازه. إنما جوازه استحسانا لتعامل الناس، ولا تعامل في الثياب. فيثبت جوازه فيما لهم فيه تعامل، ويبقى ما عداه موكولا إلى القياس. فإن حصل الاستصناع فيما ليس للناس فيه تعامل كان سلما، واشترطت له شروط السلم»[2]

وما ذكره الفقهاء في كتبهم مما جرى فيه التعامل بين الناس يعتبر تمثيلا لا حصرا.

1- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 3052، الجريدة الرسمية عدد 6780

2- بدائع الصنائع 86/6

ويبقى الضابط في ذلك هو «حاجة الناس إلى التعامل في ذلك المصنوع مع إمكان ضبط صفاته».

ولا يخفى أن حاجات الناس تختلف عَصرا ومَصرا.

المسألة الثانية: شروط الثمن

جاء في المادة 69-5: **يحدد ثمن بيع المصنوع في عقد الاستصناع، كما يجب أن يكون هذا الثمن ثابتا ومعلوما للأطراف عند إبرام العقد.**

ويجوز تأجيل دفع هذا الثمن جزئيا أو كليا إلى موعد تسليم المصنوع أو بعده حسب اتفاق الأطراف.

يمكن أن يكون ثمن المصنوع نقدا أو عينا أو هما معا، ولا يجوز أن تكون ديون الصانع على المستصنع أو غيره ثمنا للمصنوع جزئيا أو كليا. كما يجوز أن يتفق طرفا العقد على أن يكون العوض عبارة عن منفعة أو استغلال للمصنوع من قبل الصانع لمدة محددة. وفي هذه الحالة الأخيرة يجب الاتفاق على تحديد كيفيات الاستفادة من حق المنفعة أو حق استغلال المصنوع وصيانته حسب الحالة.

ويجوز تمديد أجل سداد الثمن باتفاق الطرفين دون زيادة فيه، وعند تعجيل السداد يجوز تخفيض الثمن إذا كان ذلك غير مشروط في العقد.[1]

نصت هذه المادة على الأحكام التالية:

أ- وجوب تحديد الثمن، وكونه معلوما وثابتا:

فالاستصناع معاوضة مالية تستوجب معرفة العوضين وتحديدهما بدقة درءً لكل جهالة مفضية إلى النزاع والشقاق. لذا تعين تحديد الثمن ومعرفته بدقة.

ثم إن الأصل في الثمن أن يكون ثابتا لا يتغير إلا في حالات محددة سيأتي بيانها.

ب- جواز تأخير الثمن جزئيا أو كليا إلى زمن التسليم أو بعده:

وبهذا الوجه يتميز عقد "الاستصناع" عن عقد "السلم".

1- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 3052، الجريدة الرسمية عدد 6780.

فالسلم لا يصح إلا بتسليم الثمن في مجلس التعاقد[1] أما الاستصناع فيجوز فيه تأخير الثمن جزئيا أو كليا إلى زمن تسليم العقد أو بعده - استثناء من بيع الدين بالدين - حسب اتفاق الطرفين.

جاء في مجلة الأحكام العدلية (المادة 391): "لا يلزم في الاستصناع دفع الثمن حالا، أي وقت العقد.»[2]

ووجه الجواز أن العمل في الاستصناع جزء من المعقود عليه عند كثير من الفقهاء وبذلك أشبه الاستصناع عقد الإجارة. ومعلوم أن الإجارة يجوز فيها تأجيل الأجرة وتعجيلها، فجاز ذلك أيضا في الاستصناع.

ج- جوازكون الثمن نقدا أوعينا أوهما معا:

يجوز أن يكون الثمن نقودا، أو عينا، أو منفعة لمدة معينة، سواء كانت منفعة عين أخرى أم منفعة المصنوع نفسه. وفي حال كون الثمن منفعة المصنوع ينبغي تحديد كيفيات الاستغلال.[3]

د- عدم جوازاعتبارالدّين في الثمن:

لا يجوز أن يكون الثمن دَينا، سواء كان دينا للصانع على المستصنع أم لغيره، فرارا من الوقوع في "الدين بالدين" المنهي عنه.

هـ- جوازالحطّ من الثمن عند تعجيل السداد من غيراشتراط في العقد

وهذه المسألة سبق مناقشتها في "المرابحة"، وهي الموسومة بـ "ضع وتعجل". وخلص البحث إلى جوازها بغير اشتراط مسبق في العقد. لذا فلا حرج في الحطّ من الثمن إذا عجّل المستصنع السداد.

كما تحدثت المادة عن جواز تأجيل تسليم المصنوع، وسنتطرق لذلك في المادة 69-9 الآتية.

1- للمالكية رأي بجواز التأخير اليسير (ثلاثة أيام). انظر ص 166 من هذا الكتاب.

2- انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام 424/1

3- انظر: المعايير الشرعية ص 300.

المسألة الثالثة: زمن وكيفيات التسليم

جاء في المادة 69-6: **يحدد عقد الاستصناع أجل أو آجال تسليم المصنوع وكيفياته، ويجوز أن يتفق أطراف العقد على إمكانية مراجعة كيفيات التسليم أو استبدال مكونات المصنوع في حالة عدم توفرها في الأسواق بمكونات من نفس الخصائص أو بخصائص مختلفة. وفي هذه الحالة يتعين ترتيب الآثار على ذلك بخصوص ثمن المصنوع.**

إذا ثبت أن المصنوع لم يتم إنجازه وفق المواصفات المتفق عليها حُقّ للمستصنع في هذه الحالة إما قبول ما قدم له، أو مراجعة ثمنه (باتفاق بينهما) أو فسخ العقد مع ترتيب الآثار بخصوص ثمن المصنوع.

يضمن الصانع عيوب الشيء المصنوع إذا كان ناتجا عن فعله أو تقصيره، وفي حالة ما إذا تعلق الأمر بعيوب خفية تحدد مدة الضمان بين الأطراف.

يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع التزام الصانع بصيانة المصنوع خلال مدة معينة حسب اتفاق الأطراف.[1]

نصت هذه المادة على ما يلي:

أ- تحديد أجل أو آجال التسليم وكيفياته مع إمكانية مراجعتها:

اختلف أهل العلم في تحديد الأجل في الاستصناع على أقوال ثلاثة:

الأول: للإمام أبي حنيفة -رحمه الله- ومفاده اشتراط عدم تحديد الأجل في الاستصناع، لأن ضرب الأجل فيه يصيره سلما.

الثاني: للصاحبين، أبي يوسف ومحمد بن الحسن، ومفاده صحة العقد سواء ضرب فيه الأجل أم لم يضرب.

قال الكاساني: «ومنها: (شرائط جوازه) ألاّ يكون فيه أجل، فإن ضرب للاستصناع أجلا صار سلما حتى يعتبر فيه شرائط السلم... وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله.

1- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 3052 - 3053، الجريدة الرسمية عدد 6780

وقال أبو يوسف ومحمد هذا ليس بشرط، وهو استصناع على كل حال، ضرب فيه أجلا أو لم يضرب.»[1]

القول الثالث: لجمع من الفقهاء المعاصرين، ومفاده اشتراط تحديد الأجل لصحة العقد حسما للنزاع.[2]

واختار المشرع المغربي مسايرة الاجتهاد المعاصر والقول بتحديد الأجل أو الآجال لتسليم المصنوع، حسما لكل نزاع أو خلاف.

ب- إمكانية مراجعة مكونات المصنوع في حال عدم توفرها مع ملاءمة الثمن مع تلك المراجعة.

من المقرر شرعا أنه لا تكليف بما لا يطاق، فإذا تعذر إيجاد المصنوع بسبب قاهر كفقدان مواد صناعته، فإنه يمكن مراجعة تلك المواد واستبدالها بمواد متوفرة.

وفي هذه الحال يكون من الإنصاف مراجعة الثمن لارتباطه بتلك المواد ارتفاعا وانخفاضا، إلا إذا كانت قيمة المواد الأولى والجديدة متساوية.

ج- إذا لم يُسلَّم المصنوع بالمواصفات المتفق عليها يُخيَّر المستصنع بين ما يلي:

رفض المصنوع، لأن الصانع لم يلتزم بالمواصفات وأخلف بالشروط المتفق عليها.

قبول الموصوف على حاله، فيكون من قبيل حسن الاقتضاء.

مراجعة الثمن وملاءمته مع مواصفات المصنوع الجديد بالاتفاق بين الطرفين.

فسخ العقد مع ترتيب الآثار على الثمن استرجاعا للمدفوع وإقالة في الباقي.

وهذه الخيارات تهدف إلى حماية حقوق المستصنع من عدم وفاء الصانع بالتزاماته المتفق عليها سلفا في العقد. وهذا من صميم عدالة التشريع.

د- ضمان الصانع عيوب المصنوع عند التقصير والتفريط، وتحديد مدة ضمان العيوب الخفية.

1- بدائع الصنائع 86/6

2- انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 7، 223/2، المعايير الشرعية ص 298

هـ- جواز إلزام الصانع بصيانة المصنوع مدة معينة.

وهذان الإجراءان -كسابقيهما- من شأنهما ضمان حقوق المستصنع وحماية ماله. ولا خلاف بين العلماء أن الضمان يلزم بالتفريط والتعدي والتقصير، لذلك يضمن الصانع عيوب المصنوع الجلية، وتُحدَّد مدة لضمان العيوب الخفية.

ولا يحق للصانع أن يشترط البراءة من العيوب، لأن الأمر يتعلق ببيع موصوف في الذمة، وليس ببيع معين.

ولأن الغرض من الاستصناع هو الحصول على مصنوع بمواصفات معينة تحقق رغبة المستصنع وتلبي حاجاته. فإذا سُلِّم مصنوعا معيبا فات مقصده من العقد وتعذر عليه الانتفاع.

كما يجوز أن ينص العقد على التزام الصانع بصيانة المصنوع بعد تسليمه مدّة معينة إذا رضي بذلك وأقرّ به.[1]

المسألة الرابعة: الاستصناع الموازي واستقلال العقود

المادة 69-7: **لا يجوز إبرام أكثر من عقد استصناع واحد في شأن نفس المصنوع بين نفس الأطراف.**[2]

المادة 69-13: **إذا أبرمت المؤسسة عقد الاستصناع موازي مع طرف ثالث من أجل صناعة أو شراء الشيء موضوع عقد الاستصناع لبيعه للعميل، يعتبر هذا العقد وعقد الاستصناع وثيقتين منفصلتين.**[3]

تضمنت المادتان ما يلي:

- عدم جواز إبرام أكثر من عقد استصناع على نفس المصنوع وبين نفس الأطراف.

- جواز الاستصناع الموازي، مع الحرص على استقلال العقدين معا.

1- انظر: المعايير الشرعية ص 300.298

2- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 3053، الجريدة الرسمية عدد 6780

3- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 3053، الجريدة الرسمية عدد 6780

يجوز أن تجري المؤسسة بصفتها صانعا عقد استصناع مع عميل بثمن مؤجل وتتعاقد مع صانع أو مقاول للشراء منه بالاستصناع الموازي لمصنوعات بنفس المواصفات بثمن حال، بشرط عدم الربط بين العقدين.

وفي هذه الحال تتحمل المؤسسة تبعات المالك، ونفقات الصيانة والتأمين قبل التسليم إلى المستصنع (العميل)، ولا يحق لها أن تحول التزاماتها مع العميل إلى الصانع.[1]

ووجه جواز الاستصناع الموازي أنه تضمن عقدين منفصلين مستقلين، ليس فيهما «بيعتين في بيعة»، ولا تحايلا على الإقراض بالربا.

المسألة الخامسة: تخلف تسليم المصنوع

المادة 69-8: **لا يجوز أن ينص عقد الاستصناع على إمكانية استبدال المصنوع موضوع العقد في حالة عدم القدرة على التسليم.**[2]

المادة 69-9: **يمكن أن ينص عقد الاستصناع على أنه في حالة تخلف الصانع عن إتمام تسليم ما تعهد بصنعه كليا أو جزئيا دون عذر معتبر شرعا يمكن فسخ هذا العقد مع استرداد ما دفعه المستصنع من الثمن كما أن لهذا الأخير أن يطالب الصانع بتعويض الضرر الفعلي المثبت الذي لحق به.**

غير أنه يجوز أن ينص عقد الاستصناع على أنه إذا تعذر على الصانع تسليم ما تعهد بصنعه كليا أو جزئيا بسبب عذر معتبر شرعا بغير تقصير منه ولا مطل، جاز تمديد أجل التسليم دون تغيير في الثمن.[3]

تضمنت المادتان ما يلي:

أ- عدم جواز التنصيص في العقد على استبدال المصنوع حال العجز عن التسليم:

وذلك تفاديا لكل جهالة أو غرر، فالأصل أن يحدد المصنوع بمواصفات محددة وأن يكون في مُكنة الصانع. فكل معجوز عن تسليمه لا يصح العقد عليه.

1- انظر: المعايير الشرعية ص 317.307

2- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 3053، الجريدة الرسمية عدد 6780

3- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 3053، الجريدة الرسمية عدد 6780

وينبغي أن يبذل الصانع جهده في الوفاء بما التزم ببيعه، وفي حال العجز تطبق الأحكام المتعلقة بتخلف التسليم لعذر أو تماطلا.

ب- عند تخلف الصانع عن التسليم الجزئي أو الكلي بغير عذر معتبر يمكن فسخ العقد مع استرداد الثمن، والمطالبة بتعويض ضرره الفعلي المثبت:

اختلف الفقهاء في تكييف عقد الاستصناع بين اللزوم والجواز على رأيين:

- فغالبية الأحناف يعتبرونه عقدا غير لازم، بحيث يثبت لكل من العاقدين الخيار في إمضاء العقد، أو فسخه، أو العدول عنه.

ولا يصير لازما إلا بإحضار الصانع ما صَنع، أو بتسلم المستصنع ما طَلب.[1]

- بعض فقهاء الحنفية وجمع من المعاصرين اعتبروه لازما. فلا يجوز لأحد العاقدين الرجوع فيه إلا برضا الآخر، وإذا توفر المصنوع فيه بشروطه المتفق عليها فلا يحق للمستصنع رفضه.[2] مراعاة لما بذله الصانع من مال وجهد.

واختار منشور بنك المغرب القول باللزوم، لذلك حدّد إمكانية الفسخ في حالتين اثنتين، وهما:

- تخلف التسليم الجزئي أو الكلي لغير عذر شرعي.

- تسليم مصنوع بمواصفات مخالفة لما اتفق عليه.

وفي الحالة الأولى يفسخ العقد ويسترجع الثمن، ويطالب الصانع بالتعويض عن الضرر المثبت الذي لحق بالمستصنع جرّاء نكوله عن التزاماته.

وقد أفتى مجمع الفقه الإسلامي بجواز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً غير مجحف عند تخلف الصانع عن التسليم، إذا لم يكن ذلك نتيجة لظروف قاهرة أو طارئة. وهو ما أخذت به المعايير الشرعية أيضا.[3]

1- انظر: بدائع الصنائع 87/6

2- انظر: مجلة الأحكام العدلية (المادة 392)، 424/1، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 7 الجزء 2 ص223، المعايير الشرعية ص 298.

3- انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 7، 223/2، المعايير الشرعية ص 316.303

ووجه الجواز أن التعويض (الزيادة) وارد على مبيع في الذمة شُرط فيه العمل، وليس على دين في الذمة. كما أن من شأن التنصيص على الشرط الجزائي أن يجعل الصانع أكثر حزما وعزما على الالتزام بموعد التسليم، مما يجنب المستصنع الخسائر والأضرار. ولا تخفى قيمة الزمن والمواعيد في الدورة الاقتصادية المعقدة.

لكن، إذا كان التخلف عن التسليم لعذر معتبر شرعا، فيجوز تمديد أجل التسليم إرفاقا بالصانع وإعمالا لمبدأ «إنظار المعسر»، ومن غير زيادة في الثمن نظير التأجيل حذرا من الربا.

المسألة السادسة: الضمانات

جاء في المادة 69-10: **يجوز للصانع أو المستصنع في عقد الاستصناع الحصول على الضمانات المناسبة من أجل ضمان حقوقه لدى الطرف الآخر، من بين الضمانات المنصوص عليها في النصوص التشريعية الجاري بها العمل، مع مراعاة مقتضيات المادة 2 من هذا المنشور.**[1]

تتحدث هذه المادة عن جواز طلب الحصول على الضمانات من كلا طرفي العقد توثيقا لحقوقهما. وسبق الحديث عن الضمانات في صيغ التمويل السابقة، وترجّحَ القول بجوازها ما دامت لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وذلك ما أكدت على مراعاته المادة 2 من منشور بنك المغرب.

المسألة السابعة: التعويض عن الضرر

جاء في المادة 69-11: **يجوز أن ينص عقد الاستصناع على أنه في حال توقف العميل بصفته المستصنع عن التسديد بعد تسلمه المصنوع كليا دون عذر معتبر شرعا يجب عليه:**

- دفع جزء أو كل ما تبقى من أقساط ثمن المصنوع في ذمته بعد إرسال إشعار من المؤسسة بصفتها الصانع أو بعد انقضاء مدة محددة أو تلقائيا فور التوقف عن التسديد.

1- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 3053، الجريدة الرسمية عدد 6780.

- دفع تعويض للمؤسسة (بصفتها صانعة) عن الأضرار الفعلية التي لحقتها بسبب توقفه عن الأداء بعد إثبات ذلك في حدود ما تبقى من الثمن في ذمته.[1]

إذا توقف المستصنع عن السداد بعد تسلمه المصنوع بغير عذر شرعي يُجبر على دفع جزء أو ما تبقى من الثمن في ذمته بعد إشعاره.

كما يطالب بتعويض الصانع عن الضرر الفعلي المثبت الذي لحق به.

ومسألة التعويض عند التوقف عن سداد الثمن سبقت مناقشتها في أكثر من موضع، وترجح فيها القول بجواز توبيخ المماطل ومعاقبته، وإلزامه بدفع ما في ذمته لكن من غير تغريمه مالا على تماطله في أداء ما عليه من دين حذرا من الوقوع في الربا.[2]

المسألة الثامنة: تحمل التكاليف الإضافية

جاء في المادة 69-12: **يجوز أن ينص عقد الاستصناع على أنه في حالة ما إذا ارتفعت تكلفة المصنوع نتيجة تكاليف إضافية تم فرضها بموجب القوانين والأنظمة الجاري بها العمل، فإن المستصنع هو الذي يتحمل هذه التكاليف.**

وفي حالة تخفيضها فإن المستصنع يحق له الاستفادة من هذه التخفيضات.[3]

تتحدث هذه المادة عن تأثر تكلفة المصنوع ارتفاعا وانخفاضا نتيجة تكاليف إضافية بموجب القوانين والأنظمة الجاري بها العمل.

بمعنى تأثر التكلفة بأسباب قاهرة لا إرادية. وفي هذه الحال يتحمل المستصنع الزيادة في الثمن عند ارتفاع التكلفة، ويستفيد من التخفيض فيه حال رخص المواد وتراجع التكلفة.

وهذا الإجراء ينسجم مع المنطق التشريعي في مراعاة الظروف القاهرة وآثارها على العقود، بحيث يرفع الضرر ويزال.

1- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 3053، الجريدة الرسمية عدد 6780

2- انظر: المعايير الشرعية ص 306.93، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 2، 873/2 وراجع ص 66 - 70 من هذا الكتاب.

3- انظر: منشور والي بنك المغرب ص 3053، الجريدة الرسمية عدد 6780

خلاصة القول في صيغة «الاستصناع»:

اشتهر المذهب الحنفي بعقد "الاستصناع" حتى صار خصيصة من خصائصه.

والحق أن ذلك لا يعدو "المصطلح" فقط. فحقيقة "الاستصناع" اعتمدتها باقي المذاهب الفقهية، وإن أدرجت ضمن أبواب السلم.

ويعتبر عقد "الاستصناع" صيغة تمويلية ذات كفاءة معتبرة في تمويل مجالات اقتصادية مهمة. وفي زماننا تعد "المقاولة" ركيزة أساسا في البناء الاقتصادي للأمم ورافعة ضرورية للإقلاع التنموي المنشود، بما تقدمه من خدمات جليلة في مجالات اقتصادية كثيرة تهم الأفراد والجماعات.

ومن شأن البنوك التشاركية أن تنهض بهذه الوظيفة النبيلة سواء بشكل مباشر باعتبارها "صانعا" أو بشكل غير مباشر عن طريق السلم الموازي. مع مراعاة الشروط والأحكام المتعلقة بذلك حذرا من الربا المقنع في صورة "استصناع".

ولم يشذ المنشور المتمم لوالي بنك المغرب عن الاجتهاد الفقهي المعتبر في تأطيره لصيغة "الاستصناع" وبيانه للمواصفات التقنية اللازمة لصحة التعامل به.

أحكام ختامية:

خُتم منشوروالي بنك المغرب بباب سابع خُصّص لأحكام ختامية لها صلة وثيقة بما سبق تقريره بخصوص المنتجات السابقة.

الباب السابع: أحكام ختامية

جاء في المادة 70: مع مراعاة سبل التقاضي المنصوص عليها في التشريعات الجاري بها العمل، يجب أن تتضمن عقود المنتجات المشار إليها في هذا المنشوركيفية التسوية الودية للنزاعات ما بين المؤسسة والعميل، مع مراعاة مقتضيات المادة 2 من هذا المنشور.

وفي المادة 71: يجب أن تحمل عقود المنتجات المشار إليها في هذا المنشوروكذا الوثائق المتعلقة بها عبارة «مطابق للرأي الصادر عن اللجنة الشرعية للمالية التشاركية».

وفي المادة 72: لا يجوز القيام بأي عملية مالية تفضي إلى ممنوع شرعا كالعينة والتورق المنظم.

وما ورد في هذه المواد الثلاث يؤكد على ضرورة الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية في كل المعاملات المالية التي تجريها البنوك التشاركية، واجتناب كل تعامل محظور شرعا. مع الحرص على بيان طرق وكيفيات التسوية الودية للنزاعات بين المؤسسة والعميل في إطار ما تسمح به الأحكام الشرعية.

خاتمة:

ختم الله لنا بالحسنى وزيادة.

بعد الدراسة المتأنية لما ورد في قانون مؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها بخصوص البنوك التشاركية، وكذا منشوري والي بنك المغرب المتعلقين بالمواصفات التقنية للمنتجات الستة وكيفية تقديمها للعملاء يمكننا القول مطمئنين بأن المشرع المغربي لم يخرج عن الاجتهاد الفقهي المعتبر، سواء تعلق الأمر بالمدرسة المالكية الباسقة، أم بغيرها من المدارس الفقهية المعتدّ بها في التفقه والفتوى قديما وحديثا.

وقد اعتمد بشكل كبير على ما ورد في المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (Aaoifi) مضمونا وعبارة.

✓ **إشارات:**

تجدر الإشارة إلى أن المشرّع المغربي تحوّط في بعض القضايا والمسائل، وحاول تجنب «الخلاف» ما أمكنه ذلك، واعتماد ما عليه جماهير أهل العلم.

وظهر هذا المسعى في كثير من المسائل، منها: مسألة «الربح المتغير» و«ضع وتعجل»، ومسألة «الإلزام في الوعد»، ومسألة «تأجير العين التي لا يبقى أصلها بالانتفاع منها»، وغير ذلك مما هو مبيّن في مظانه.

لكننا ألفيناه خالف مسعاه ذاك في مسألة «التعويض عند التوقف عن سداد الثمن». حيث أجاز للمؤسسة المطالبة بالتعويض عن الضرر الفعلي مخالفا بذلك ما عليه جماهير أهل العلم من منع الزيادة عن تأخير سداد الثمن، لأنه ربا الجاهلية المعلوم «أنظرني أزدك».

كما نشير أيضا إلى سكوت المشرع وتركه البيان والتفصيل في مواطن عديدة، منها:

- نوع الإجراءات في حال نكول المتعامل عن وعده أو توقفه عن السداد لعذر شرعي معتبر.

- تحديد المسؤول عن ضمان العين المؤجرة طيلة فترة الإجارة.

- كيفية نقل الملكية بعد نهاية الإجارة في «الإجارة المنتهية بالتمليك».

- غياب الحديث عن الضمانات في «المشاركة» على عكس «المرابحة» و«الإجارة».

وغير ذلك من المسائل التي تحتاج إلى بيان وتفصيل.

✓ **ملاحظات:**

بعد تلك الإشارات المقتضبة أسجل الملاحظات التالية:

الأولى: حاجة «الصيغ التمويلية» الست إلى مواكبة تشريعية عاجلة، تسهم في تخفيض «التكلفة» وتشجع الإقبال عليها، وتسهم في تلبية رغبات فئات واسعة من الذين أرهقهم سندان «الغلاء» ومطرقة «الربا».

الثانية: تسريع تفعيل «التأمين التكافلي» واعتماده خيارا وحيدا في «التأمين» رفعا ودفعا لغرر التأمين التجاري المنهي عنه شرعا.

الثالثة: على الرغم مما حققته صيغة «المرابحة للآمر بالشراء» من فوائد وثمرات، فلا ينبغي أن يقتصر عليها في التمويل التشاركي -كما هو واقع الحال العملي في التجربة المغربية- بل ينبغي فتح المجال لباقي الصيغ التي قننها المنشور لأخذ مكانها في المالية التشاركية.

✓ **إجراءات مفيدة في المنشور:**

- تنصيصه على «المشاركة المتناقصة» وهي صيغة جديدة مفيدة في مساعدة الكثير على إطلاق مشاريعهم شراكة مع المؤسسة، ثم الاستقلال بتسييرها وإدارتها بعد تخلي المؤسسة وانسحابها من المشروع ببيع حصصها لهم.

- الأخذ بالرأي المالكي المجيز كون رأس مال السلم منفعة، لما فيه من تيسير على الناس. ومن أهم تطبيقاته اعتماده في تمويل الحرفيين، وصغار المنتجين الزراعيين والصناعيين، مما يشكل فرصة سانحة لتلك الفئات لولوج ميدان الإنتاج والإسهام في النشاط الاقتصادي.

- اعتماد عقد «الاستصناع» باعتباره صيغة تمويلية ذات كفاءة معتبرة في تمويل مجالات اقتصادية مهمة. وقد أصبحت «المقاولة» في زماننا ركيزة أساسا في البناء

الاقتصادي للأمم ورافعة ضرورية للإقلاع التنموي المنشود، بما تقدمه من خدمات جليلة في مجالات اقتصادية كثيرة تهم الأفراد والجماعات.

ومن شأن البنوك التشاركية أن تنهض بهذه الوظيفة النبيلة سواء بشكل مباشر باعتبارها «صانعا» أو بشكل غير مباشر عن طريق السلم الموازي. مع مراعاة الشروط والأحكام المتعلقة بذلك حذرا من الربا المقنع في صورة «استصناع».

ومن المسائل المهمة والمفيدة ما يفهم من المنشور من جواز «المرابحة» في حلية الذهب والفضة بالذهب والفضة غير المصوغين أو بالنقود.

✓ **مسائل تحتاج إلى مزيد بحث ونظر:**

- مسألة هامش الربح، والقول بتحرير مقدار الربح وتركه لقانون العرض والطلب أو اللجوء إلى التسعير والضبط. وأيضا فك الارتباط بين الربح والفائدة على المستوى المركزي (بنك المغرب).

- مسألة التماطل في تسليم المبيع في وقته، والوفاء بالثمن من المشتري. وهي من أهم القضايا التي تحتاج إلى مزيد حلول في جميع الصيغ التمويلية.

فعدم الالتزام من طرف المتعامل من شأنه إدخال المؤسسة في مأزق السيولة والضائقة المالية. كما أن عدم التزام المؤسسة بالتسليم في المواعيد المحددة من شأنه إلحاق أضرار بالمتعامل، وقد يتعدى الضرر إلى أطراف أخرى مرتبطة بشكل من الأشكال بالصفقة.

وقد تحدث منشور والي بنك المغرب عن «التعويض» لكنه لم يوضح تفاصيله واكتفى بالإرشاد إلى تسوية النزاعات بالطرق الودية المشروعة.

ورأينا إشكالات «التعويض المالي» عند تأخر سداد الثمن واختلاف أهل العلم في تكييف ذلك.

- مسألة المضاربة المشتركة، وقد رأينا إشكالاتها واختلاف المعاصرين في تكييف القول فيها، مما جعل البعض يوصي باعتماد صيغة «الشركات المساهمة» بدل المضاربة المشتركة، والإبقاء على المضاربة في صيغتها الثنائية فحسب.

✓ عود على بدء:

إن إطلاق تجربة «المالية التشاركية» - وإن تأخر زمانها - شكل لحظة أمل طال انتظارها لفئات واسعة من المغاربة ممن يتوقون إلى الانعتاق من ربقة الربا المقيت.

لكن واقع التجربة بيّن «عزوفا» عن الانخراط الفعلي والتعاطي الإيجابي مع المنتجات المقدمة من المؤسسات (البنوك)، وصاحب الممارسة «صخبا» و«ضجيجا» وأسئلة استفهامية مشروعة وأخرى مشككة ملغومة.

ومن تلك الأسئلة، سؤال ماهية تلك المؤسسات وطبيعة عملها، وسؤال مدى استقلاليتها عن المؤسسات التقليدية المتحكمة في القطاع المصرفي، وسؤال «مشروعية» معاملاتها وخلوها من المحاذير الشرعية...

إن القطاع المصرفي جزء من قطاع مالي أوسع، والأخير بدوره جزء من نظام اقتصادي أشمل، والاقتصاد جزء من تصور أرحب للحياة بمختلف شعبها وميادينها.

لذا نعاود القول ونجدد التأكيد على لزوم مصاحبة «المالية التشاركية» إرادة حازمة وسعيا حثيثا قاصدا «لأسلمة» النظام الاقتصادي، وبثّ روح الإسلام في هياكله ودواليبه وقوانينه وعناصره، وتكوين الأطر الكفأة الجامعة بين الفقه والاقتصاد والقانون، في إطار إصلاح شامل للإنسان والعمران.

وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وإخوانه وحزبه

والحمد لله رب العالمين.

فهرس المصادر والمراجع:

القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

- ابن أبي زيد القيرواني، الرسالة الفقهية مع غرر المقالة لمحمد المغراوي. تحقيق الهادي حمو و محمد أبي الأجفان، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الثانية 1997م

- ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تحقيق مجموعة من العلماء تحت إشراف د. محمد حجي، دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى 1999م

- ابن أبي شيبة أبو بكر، المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة الأولى 1409هـ.

- ابن إسحاق خليل، مختصر خليل في فقه إمام دار الهجرة، تحقيق أحمد علي حركات، دار الفكر- بيروت 1415هـ.

- ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث، المطبعة العثمانية - مصر 1311هـ.

- ابن الشاط، إدرار الشروق على أنواء الفروق، مطبوع بهامش الفروق.

- ابن العربي، أحكام القرآن، دار إحياء الكتب العربية – مصر، 1376هـ.

- ابن القيم محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل - بيروت 1973هـ.

- ابن القيم محمد بن أبي بكر، إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان، تحقيق: محمد حامد الفقي دار المعرفة - بيروت، الطبعة الثانية 1395هـ/ 1975م.

- ابن القيم محمد بن أبي بكر، بدائع الفوائد، تحقيق علي بن محمد العمران، مجمع الفقه الإسلامي - جدة.

- ابن المنذر أبو بكر محمد، الإجماع، دار طيبة - الرياض 1402هـ

- ابن النجار، منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح والزيادات، تحقيق عبد الغني عبد الخالق، مكتبة دار العروبة - القاهرة.

- ابن أنس مالك، المدونة الكبرى، دار صادر، بيروت.

- ابن أنس مالك، الموطأ، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان، الطبعة الأولى 1425هـ / 2004م.

- ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم، الفتاوى الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط1، 1408هـ/1987م

- ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم، القياس في الشرع الإسلامي، دار الآفاق الجديدة بيروت 1402هـ/1982م

- ابن جزي محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، مكتبة الباز - مكة المكرمة.

- ابن حبان محمد التميمي البستي، صحيح ابن حبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الثانية 1414هـ/ 1993م.

- ابن حجر العسقلاني أحمد بن علي، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة - بيروت.

- ابن حجر العسقلاني، تلخيص الحبير، مؤسسة قرطبة، تحقيق حسن بن عباس. ط1، 1416هـ / 1995م.

ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، معه تعليقات ابن باز. المطبعة السلفية - القاهرة،

- ابن حزم، المحلى، المطبعة المنيرية – مصر، سنة 1350هـ

- ابن حزم، مراتب الإجماع، دار ابن حزم - لبنان، ط1، 1419هـ / 1998م

- ابن حنبل أحمد، المسند، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة.

- ابن خزيمة أبو بكر السلمي، صحيح ابن خزيمة، تحقيق: د. محمد مصطفى الأعظمي المكتب الإسلامي- بيروت 1390 هـ/ 1970م.

- ابن رشد (الجد)، المقدمات الممهدات، مطبوع بهامش المدونة الكبرى، دار الفكر - بيروت 1986م.

- ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت1415هـ

- ابن شاس عبد الله، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق أبو الأجفان وآخرون، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى 1415هـ

- ابن عابدين محمد، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر – بيروت، الطبعة الثانية 1386هـ

- ابن عبد البر يوسف النمري، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي و محمد عبد الكبير البكري. مؤسسة القرطبة.

- ابن عبد البر يوسف النمري، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق محمد أحيد الموريتاني مكتبة الرياض، الطبعة الثانية 1400هـ/1980م

- ابن عبد السلام عز الدين، الإشارة إلى الإيجاز في بعض أنواع المجاز، طبعة دار الفكر- دمشق.

- ابن عبد السلام عز الدين، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق محمود بن عبد السلام الشنقيطي، دار المعارف - بيروت.

- ابن فارس أحمد، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر 1399هـ / 1979م.

- ابن قدامة المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر - بيروت، الطبعة الأولى 1405هـ

- ابن كثير، إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق سامي بن محمد السلامة، الناشر دار طيبة، ط2، 1420هـ - 1999م

- ابن منظور محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر- بيروت. الطبعة الأولى.

- ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة - بيروت.

- ابن يونس الصقلي، الجامع لمسائل المدونة، طبعة أم القرى، دار الفكر.

- أبو الحسين مسلم بن الحجاج صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية - القاهرة الطبعة الأولى 1375هـ/1956

- أبو زهرة محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي.

- أبو سليمان عبد الوهاب، عقد الإجارة مصدر من مصادر التمويل الإسلامية الطبعة الثانية 1420هـ / 2000م، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب.

- أبو عبد الله محمد بن أحمد، شرح ميارة على التحفة، تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية - بيروت 1420هـ / 2000م

- أبو محمد عبد الوهاب بن نصر، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق محمد ثالث سعيد الغاني، المكتبة التجارية، 1415هـ

- الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية لدى تلاميذه، جمع وإعداد سامي بن محمد بن جاد الله، الناشر: مجمع الفقه الإسلامي - جدة.

- الأمين حسن، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة، البنك الإسلامي للتنمية - المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، الطبعة الثالثة 1421هـ

- الباجي سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة- مصر، الطبعة الأولى سنة 1332هـ

- البخاري محمد بن إسماعيل أبو عبد الله، الجامع الصحيح المختصر، تحقيق: مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، اليمامة - بيروت، ط3، 1407هـ/1987م

- البراذعي أبو سعيد، التهذيب في اختصار المدونة، تحقيق محمد أمين الشنقيطي. دبي - الإمارات العربية المتحدة.

- البهوتي منصور، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار عالم الكتب.

- البيهقي أحمد بن الحسين، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا مكتبة دار الباز- مكة المكرمة 1414 هـ/ 1994م.

- الترمذي محمد بن عيسى، الجامع الصحيح، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون دار إحياء التراث العربي - بيروت، الأحاديث مذيلة بأحكام الألباني عليها.

- التسولي أبو الحسن علي، البهجة في شرح التحفة، ضبطه وصححه محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى 1418هـ/1998م

- التفتازاني سعد الدين، التلويح على التوضيح، دار الكتب العلمية.

- الجرجاني علي، التعريفات، تحقيق: إبراهيم الأبياري دار الكتاب العربي- بيروت. الطبعة الأولى 1405هـ/1985م.

- الحافي خالد، الإجارة المنتهية بالتمليك في ضوء الفقه الإسلامي. جامعة الملك سعود. بحث مرقون.

- الحاكم أبو عبد الله، المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ومع الكتاب: تعليقات الذهبي في التلخيص. الطبعة الأولى 1411 هـ/ 1990م.

- الحطاب أبو عبد الله، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، دراسة وتحقيق: زكريا عميرات. دار عالم الكتب. طبعة 1423هـ / 2003م.

- الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1984م

- الخرشي أبو عبد الله، شرح الخرشي على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت.

- الخطابي، معالم السنن، المطبعة العلمية - حلب، 1352هـ

- الخفيف علي، أحكام المعاملات الشرعية، مطبعة دار الفكر العربي- بيروت.

- الدارقطني أبو الحسن، سنن الدارقطني، تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني دار المعرفة - بيروت 1386 هـ/ 1966م.

- الدارمي أبو محمد، سنن الدارمي، تحقيق: فواز أحمد زمرلي, خالد السبع العلمي، دار الكتاب العربي - بيروت، الطبعة الأولى 1407هـ، الأحاديث مذيلة بأحكام حسين سليم أسد عليها.

- الدردير أحمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك وبهامشه حاشية أحمد الصاوي، اعتنى به مصطفى وصفي، دار المعارف، القاهرة.

- الدردير أحمد، الشرح الكبير، تحقيق: محمد عليش، دار الفكر - بيروت.

- الدسوقي محمد أحمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق محمد عليش، دار الفكر - بيروت.

- الرازي محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، تحقيق: محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون - بيروت، 1415هـ / 1995م.

- الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، دار القلم - دمشق. الطبعة الأولى 1412هـ/1992م

- الرصاع أبو عبد الله، شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق ابن عرفة الوافية، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، طبعة دار الغرب الإسلامي- بيروت- 1993م.

- الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر - دمشق، 1417هـ

- الزرقاء مصطفى، المدخل الفقهي العام (المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي) 132/3، مطبعة الحياة - دمشق. طبع سنة 1383هـ.

- الزرقاني عبد الباقي، شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت.

- الزركشي بدر الدين، المنثور في القواعد، تحقيق تيسير فائق محمود، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، الطبعة الثانية 1405هـ

- الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، تحقيق محمد عوامة، مؤسسة الريان،بيروت، ط1، 1418هـ/1997م

- السجستاني أبو داود، سنن أبي داود، دار الكتاب العربي- بيروت.

- السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت.

- السعد أحمد، حكم بيع المبيع قبل قبضه في الفقه الإسلامي.

- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في القانون المدني، مطبعة النهضة العربية القاهرة، 1965م.

- الشاطبي إبراهيم بن موسى، الموافقات في أصول الفقه، تحقيق عبد الله دراز، طبعة دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى سنة 1411هـ

- الشافعي محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة - بيروت، ط 2، 1393هـ

- الشربيني محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية – بيروت، السنة 1421هـ / 2000م.

- الشوكاني، نيل الأوطار على منتقى الأخبار، دار الكتب العلمية - بيروت 1403هـ

- الشيباني محمد بن الحسن، المخارج في الحيل، مكتبة الثقافة الدينية، 1419هـ

- الشيرازي أبو إسحاق، المهذب، دار الفكر - بيروت.

- الصديق محمد الأمين، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى مصر، 1386هـ/1967م.

- الصنعاني عبد الرزاق، مصنف عبد الرزاق، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الثانية 1403هـ

- الطبراني أبو القاسم، المعجم الأوسط، تحقيق أبو معاذ طارق ومحسن الحسيني. دار الحرمين 1415هـ/1995م.

- العبادي عبد السلام، الملكية في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة 180/1 مطبعة الأقصى- عمان، الطبعة الأولى سنة 1394هـ

- العدوي علي الصعيدي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر 1412هـ

- الغرياني الصادق، مدونة الفقه المالكي وأدلته، دار ابن حزم، ط1، 1429هـ.

- القرافي أحمد بن إدريس، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي- بيروت 1994م.

- القرافي أحمد بن إدريس، الفروق، دراسة وتحقيق محمد أحمد السراج وعلي جمعة محمد، دار السلام - مصر، الطبعة الأولى 1421هـ / 2001م

- القرضاوي يوسف، بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية، الطبعة الثانية 1407هـ/1987م، مكتبة وهبة - القاهرة.

- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت1405هـ

- الكاساني أبو بكر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي- بيروت، الطبعة الثانية سنة 1402هـ / 1982م.

- الماوردي أبو الحسن، الإقناع في الفقه الشافعي، تحقيق خضر محمد خضر، دار إحسان للنشر والتوزيع. ط1، 1420هـ.

- الماوردي أبو الحسن، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود. دار الكتب العلمية، ط1، 1414هـ

- المرغيناني أبو الحسن، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي - بيروت.

- المصري يونس رفيق، فقه المعاملات المالية، دار القلم - دمشق الطبعة الأولى 1426هـ/2005م

- المعايير الشرعية، النص الكامل للمعايير الشرعية التي تم اعتمادها حتى صفر 1439هـ/ نوفمبر2017م. هيئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية Aaoifi 1437هـ.

- المقري محمد بن محمد بن أحمد، الكليات الفقهية، دراسة وتحقيق: محمد بن الهادي أبو الأجفان الدار العربية للكتاب 1997م.

- المناوي محمد عبد الرؤوف، التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق محمد رضوان الداية، دار الفكر - دمشق، الطبعة الأولى1410هـ/1990م

- المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر، ط2- بيروت 1398هـ

- النسائي أحمد بن شعيب، سنن النسائي الكبرى، تحقيق: د. عبد الغفار سليمان البنداري، سيد حسن، دار الكتب العلمية، بيروت.ط1، 1411 هـ/ 1991م.

- النفراوي أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر - بيروت. سنة النشر 1415هـ

- النووي يحي بن شرف، شرح النووي على مسلم، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الثانية 1392هـ

- بدائع الصنائع للكاساني، طبعة دار الكتب العلمية، ط2، 2003م

- حيدر علي، درر الحُكَّام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار الجيل- بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1411هـ / 1991م

- سامي حسن حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية 1402هـ/1982م، مطبعة الشرق- عمان.

- سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي، دار الفكر- دمشق، الطبعة 1408هـ/1988م

- عطية جمال الدين، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم، التقليد والاجتهاد، النظرية والتطبيق. كتاب الأمة، عدد 13، طبعة1، صفر 1407هـ.

- عليش أبو عبد الله، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، المشهور بفتاوى عليش، مصطفى البابي الحلبي - مصر1378هـ

- عليش محمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت 1409هـ

- فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ابن حجر أحمد بن علي، دار المعرفة - بيروت 1379هـ.

- محمد عبد الحليم، الإطار الشرعي والاقتصادي والمحاسبي لبيع السلم في ضوء التطبيق المعاصر ص38- 39 البنك الإسلامي للتنمية، معهد البحوث والتدريب ط3، 1425هـ /2004م،

- محمد عبد العزيز حسن، الإجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر، المعهد العالمي للفكر الإسلامي- القاهرة، الطبعة الأولى 1417هـ / 1996م.

- مصنف ابن أبي شيبة 9/6، طبعة مكتبة الرشد. الرياض.

- ملحم أحمد سالم، بيع المرابحة وتطبيقاتها في المصارف الاسلامية، الطبعة الأولى 1410هـ/1989م، مكتبة الرسالة الحديثة - عمان.

- منذر قحف، مفهوم التمويل الإسلامي في الاقتصاد الإسلامي. المعهد الإسلامي للبحوث والتعريب. ط3، 2004م / 1425هـ.

- نزيه حماد، بيع الكالئ بالكالئ في الفقه الإسلامي، مطابع جامعة الملك عبد العزيز، ط1، 1406هـ/1986م

- نزيه حماد، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، الطبعة الأولى 1421هـ/2001م دار القلم- دمشق.

- نصر فريد محمد، فقه المعاملات المدنية والتجارية في الشريعة الإسلامية، المكتبة التوفيقية، الطبعة الخامسة 1418هـ / 1998م

الجرائد والمجلات والمواقع الإلكترونية:

- الجريدة الرسمية عدد 6548 بتاريخ 02 مارس 2017.

- الجريدة الرسمية عدد 6780، بتاريخ 23 ماي 2019م.

- الجريدة الرسمية، عدد 6328 بتاريخ 22 يناير 2015.

- جريدة التجديد، عدد 946، السنة 2004.

- مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي عدد1 مجلد3

- مجلة أبحاث الاقتصاد الاسلامي، العدد 2، المجلد3

- مجلة الاقتصاد الإسلامي عدد 257، شعبان 1423هـ

- مجلة البحوث الإسلامية، العدد الثاني عام 1395 هـ.

- مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد .12

- مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، عدد 48، السنة1421هـ

- مجلة بيت المشورة (قطر). العدد 7، أكتوبر 2017.

- مجلة جامعة الملك عبد العزيز. مجلد 9، س 1997م.

- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 7، الجزء 2

- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 2.

- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 3

- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 6

- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 9، الجزء الأول.

- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد5. الجزء2. السنة 1996.

- موقع هوية برس، بتاريخ 31 مارس2019.

فهرس المحتويات

هذا الكتاب

... وإنما تنشأ الحاجة للتمويل عندما يوجد نشاط نافع معتبر لكنه متوقف لغياب المال اللازم لإنجازه . فالتمويل رافعة مهمة للنشاط الاقتصادية إذ يسهل ويشجع المبادلات والأنشطة الحقيقية التي تولد القيمة المضافة للنشاط الاقتصادي ، وبالتالي يسهم في تنمية الثروة وتحقيق الإقلاع الاقتصادي الصيغ التمويلية في البنوك التشاركية المنشود وقد تميز التمويل الإسلامي بصيغة المتنوعة التي تغطي مختلف الأنشطة الاقتصادية ، وتلبي رغبات المتعاملين وطموحاتهم ...

9 789920 947480